أحكام مساءلة المتبوع

عن خطأ التابع

« دراسة مقارنة »

دكتـــور

محمد محيى الدين إبراهيم سليم

مدرس القانون المدنى

كلية الحقوق - جامعة المنوفية

هذا البحث نشر بالعدد التاسع الصادر فى ابريل عام ١٩٩٦ بمجلة البحوث القانونية والإقتصادية التى تصدر عن كلية الحقوق - جامعة المنوفية ، وهى مجلة محكمة نصف سنوية .

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــــه

١ – تعد المسئولية المدنية من أهم النظم القانونية الرئيسية في مجال القانون المدني ولا يدانيها في تلك الأهمية سوى نظريتي العقد والملكية بل لانبالغ إذا قلنا كما ورد على لسان « جوسوان » " Gosserand " أن المسئولية المدنية أضحت نقطة الإرتكاز في القانون بل إن شئت فقل بأنها صارت مركز الحساسية في جميع النظم القانونية (١) .

– ولقد أعطى مشرعنا المصري المبدأ في المسئولية المدنية وذلك من خلال نص المادة (١٦٣) من القانون المدني والتي تنص علـــى أن : « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض » .

---

(١) مشار اليه د./ حسن زكي الإبراشي – مسئولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن « رسالة دكتوراه » من جامعة فؤاد الأول (القاهرة الآن) عام ١٩٤٩ – دار النشر للجامعات المصرية ، ص ١ .

– وأنظر كذلك مقال الدكتور / غازي عبد الرحمن ناجي – مسئولية المتبوع عن عمل التابع – مجلة العدالة – السنة الأولي – العدد الثالث عام ١٩٧٥ – صادرة عن وزارة العدل العراقية ، ص ٦٣٣ .

- فالمبدأ إذاً أن كل شخص يسأل عن أخطائه الشخصية التى تسبب ضرراً للغير دون أن يسأل عن أخطاء غيره . ولقد انتهج المشرع فى سبيل إقرار هذا المبدأ سبيلاً معيناً مؤداه هو ضمان حصول المضرور على تعويض لجبر ما أصابه من ضرر وذلك بأيسر الطرق وأضمنها حتى يمكن إعادة التوازن الذي أختل نتيجة الضرر سيرته الأولى وذلك برد المضرور - على نفقة المسئول - إلى الوضع الذى يكون فيه لو لم يقع الضرر (٢) .

٢ - إلا أنه ومع بزوغ فجر الثورة الصناعية فى أوربا مع ما أستتبع ذلك من تطور فى وسائل الصناعة انتهى الى سيطرة الآلة وخروج الإنسان من ذلك الإطار التقليدى فى إشباع حاجاته فلم يعد نشاطه وقفاً على اشباع تلك الحاجات في مفهومها البدائى الضيق بل تجاوز ذلك بكثير الى حد الإستعانة بجهود الغير لإشباع تلك الحاجات ، فالآلة تحتاج الى عمال لتشغيلها ، فضلاً عن الإستعانة بسائق لقيادة السيارة وخدم لإدارة المنازل .... الخ . أضف الى ذلك أن هذا الغير قد يتسبب بخطئه فى الإضرار بالآخرين سواء تسبب الضرر من الآلة الميكانيكية الواقعة تحت

---

(٢) د./ محمود جمال الدين زكى - الوجيز فى نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى - الجزء الأول - الطبعة الثانية عام ١٩٧٦ ص ٤١٨ - حيث أشار لحكم محكمة النقض الفرنسية الذى وردت به هذه العبارة .

سيطرة العامل وحراسته أو من نشاط التابع مباشرة كمن يقود سيارة سيده فيصدم بها أحد المارة فيكسر له ساقه مثلا ، مما يثير التساؤل عمن يتحمل نتيجة هذا الخطأ أهو السائق التابع لسيده أم أن الأخير هو الذى يسأل عن تلك الأضرار التى حاقت بالمصاب ؟ .

– إذا طبقنا المبدأ العام فى المسئولية المدنية لكان معنى ذلك أن من أخطأ يتحمل نتيجة خطئه ، فالسائق هو المسئول ولكن إذا كانت قواعد العدل هى التى أملت ذلك المبدأ فمن الأعدل أن نوفر للمضرور حماية كبيرة فى سبيل جبر ضرره وحصوله على التعويض بأيسر الطرق . ونتيجة لذلك لو رجع المضرور على السائق وهو غالباً مايكون متوسط الحال من الناحية المالية إن لم يكن أقل من ذلك فلن يجد المضرور لديه وفرة فى المال تكفى لسداد مبلغ التعويض مما يضيع حقه ، أما لو رجع المضرور على المتبوع والذي يعمل التابع لصالحه وهو غالباً مايكون من الأشخاص الموسرين كالحكومة ورجال الأعمال وكبار الملاك لوجد عنده من الملاءة النقدية مايكفى لسداد مبلغ التعويض وزيادة . من هنا كان إتجاه معظم المشرعين الى مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه ولكن فى حدود الآثار المدنية فقط والتى تتوقف عند حد جبر الضرر وحسب ، أما الآثار الجنائية كالمساءلة عن جريمة القتل أو الإصابة الخطأ فلا يسأل المتبوع عنها لأن المبدأ العام فى نطاق القانون الجنائي هو شخصية العقوبة ، أى أن العقوبة تنزل بمرتكب الجريمة ولايتحملها غيره .

٣ – وجدير بالذكر أن مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه ليست نتاج العصر الحديث فقط ، بل على العكس من ذلك فقد عرفتها القوانين القديمة من ذلك ماورد بقانون الألواح الإثنى عشر بشأن مسئولية مجهز السفينة عن الأضرار التى تحدث للغير نتيجة أخطاء بحارته خاصة الأضرار التى تحل بالبضائع التى تحملها السفينة ، وكذلك مسئولية صاحب الفندق عن الأضرار التى تحدث للنزلاء نتيجة أخطاء تابعية من عمال الفندق(٣).

٤ – ونسطيع القول بأن رجال الفقه الإسلامى لم يشيدوا نظرية عامة لمساءلة المتبوع عن خطأ تابعه على غرار ماهو متوفر فى القانون الوضعى وليس معنى ذلك أن هذا النوع من المسئولية لم يعرف طريقه الى الفقه الإسلامى ،بل العكس هو الصحيح ، فقد عالجه فقهاء المسلمين ولكن فى صورة تطبيقات متناثرة وتلك سمة من سمات الفقه الإسلامى الذى لم يعرف القوالب الشكلية والتى تتسم بها التشريعات الوضعية .

– إلا أن ذلك لاينقص من قدر الفقه الإسلامى ، فهو فقه مضبوط بقواعد وأصول تستند الى الكتاب والسنة على عكس القانون الوضعى ، فهو أفكار رجال من البشر تحوط بهم مظنة الخطأ والصواب .

---

(٣) د./ عبد المنعم بدر و د./ عبد المنعم البدراوى – القانون الرومانى ، طبعة عام ١٩٥٢ ، ص ١٦٩ ومابعدها .

- وإذا كنا نعقد مقارنة بين القانون المدنى الوضعى وبين الفقه الإسلامى فى خصوص أحكام مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه فنود أن ننبه الى أننا لانحاول تبرير الحل القانونى وإثبات أنه شرعى يتطابق مع إجتهادات فقهاء المسلمين فدور الباحث فى الفقه الإسلامى أبعد مايكون عن هذه الزاوية مهما كان يلقى من ثناء واستحسان لأن الفقه الإسلامى نظام قانونى عظيم متفرد فى صنعته وصياغته مما يقتضى ضرورة المحافظة على طابع هذا الفقه واستقلاليته .

- ولهذا ينحصر دور الباحث فى الفقه الإسلامى فى إيجاد الحلول الشرعية للحوادث والنوازل وذلك بدراسة النازلة ومعرفتها معرفة تامة لأن الحكم على الشئ فرع من تصوره ثم بيان الحكم الشرعى بعد دراسة موقف الفقهاء من تلك النازلة ومناقشة أدلتهم والإنتهاء الى الحكم الذي يغلب على الظن أنه الحكم المناسب فإن تطابق هذا الحل مع ماورد فى القانون الوضعي فبها ونعمت وإن خالفه فلا يقدح ذلك فيما انتهى اليه رجال الفقه الإسلامى ويكفيهم أن سندهم فيما انتهوا اليه وهو الكتاب والسنة فضلاً عن الإجماع والقياس وباقى الأدلة الشرعية .

- وترتيباً على ماسبق فإن مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه - فى نطاق الفقه الإسلامى عبارة عن حلول لبغض المشاكل فى صنور عدة ولم تكن مبدأ عاماً وحتى تلك الحلول لم تكن محل اتفاق بين فقهاء المسلمين ، فلقد ثار الخلاف بينهم بين مؤيد لها ومعارض .

٥ - تقسيم : -

- وعلى ضوء ما انتهينا إليه ، ونظراً لأن صور مساءلة المتبوع عن خطأ التابع ليست محل اتفاق بين فقهاء المسلمين فوجب أن نستهل الكلام باستطلاع موقفهم إزاء تلك النقطة حتى ننتهى منها بترجيح أحد الإتجاهين والذى على ضوئه تكون معالجة باقى نقاط البحث .

- وبعد ذلك نقسم البحث الى بابين ، فى الأول ، نستعرض أساس مساءلة المتبوع عن خطأ التابع فى القانون المدنى والفقه الإسلامى ، وننهى الكلام فى هذا الباب بخاتمة . أما فى الباب الثانى فنستعرض ضوابط مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه فى كل من القانون المدنى والفقه الإسلامى . ثم ننهى هذا الباب بخاتمة .

- وعلى ضوء ماسبق يكون الكلام فى الآتى : -

فصل تمهيدى : موقف فقهاء المسلمين من مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه .

الباب الأول : أساس مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه .

- خاتمة الباب الأول .

الباب الثانى : ضوابط مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه .

- خاتمة الباب الثانى .

فصل تمهيدى

موقف فقهاء المسلمين من مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه

٦ - تمهيـــد :

– لم تتفق كلمة فقهاء المسلمين حول جواز مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه ، فلقد تفرقوا الى إتجاهين أحدهما يجيز ذلك ، والثانى ، يرى عدم وجود هذا النوع من المساءلة .

– *ولذلك نستعرض قول كل فريق ، ثم نبين رأينا الخاص فى المسألة كل فى مبحث مستقل على النحو التالى : –*

المبحث الأول : جواز مساءلة المتبوع عن خطـــأ تابعـه .

المبحث الثانى : عدم جواز مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه .

المبحث الثالث : رأيـــنا الخـــاص فـــى المسألـــــــة .

(٨)

المبحث الأول

جواز مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه

٧ - تمهيد :-

- ذهب معظم جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنفية والحنابلة الى جواز مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه وأستدلوا لما ذهبوا إليه بالسنة وما أثر عن الصحابة الأجلاء ، وأخيراً القياس .

٨ - أولا - الإستدلال بالسنة :-

١ - ما روته أم المؤمنين عائشة - رضى الله عنها - أن رسول الله ﷺ كان قد بعث أبا جهم لجمع الصدقات وأنه تلاح (٤) مع رجل فشجه أبو جهم فذهب قوم الرجل الى الرسول ﷺ طالبين القود من أبى جهم فأعطاهم الرسول ﷺ ما أرضاهم به من المال وطلب منهم أن يعلنوا ذلك للناس فقال : إنى خاطب العشيه على الناس ومخبرهم برضاكم فقالوا : نعم فخطب الرسول ﷺ فقال : إن هؤلاء أتونى يريدون القود فعرضت عليهم

(٤) تلاح : نازعه وخاصمه ، أنظر : مختار الصحاح لمحمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت ، عام ١٤٠٣ هـ ، ص ٥٩٥ ، سنن النسائي ، جـ ٨ ، ص ٣٥ .

كذا وكذا أرضيتم قالوا : لا فهم المهاجرون بهم فكفوا ثم دعاهم – عليه الصلاة والسلام – فزادهم فقال : أرضيتم فقالوا : نعم فقال : إني خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم فقالوا : نعم فخطب الرسول ﷺ فقال : أرضيتم ؟ قالوا : نعم (٥) .

- **وجه الدلالة من الحديث :-**

– أفاد هذا الحديث بعبارته مساءلة الدولة عن أخطاء عمالها آية ذلك قيام الرسول ﷺ بتعويض الرجل المضرور من فعل أبي جهم رسول رسول الله ﷺ .

٢ – مارواه عبد الله بن عمر – رضى الله عنهما – قال :

« بعث النبى ﷺ خالد بن الوليد الى بنى جذيمة ودعاهم الى الإسلام فلم يحسنوا أن يقولوا أسلمنا فجعلوا يقولون صبأنا صبأنا فجعل خالد يقتل فيهم ويأسر ودفع الي كل رجل منا أسيره حتى إذا كان يوم أمر خالد أن يقتل كل رجل منا أسيره فقلت : والله لا أقتل أسيرى ولايقتل رجل من أصحابى أسيره حتى

---

(٥) سنن أبى داود ، جـ ٢ ص ٤٨٩ ، سنن ابن ماجه ، جـ ٢ ص ٨٨١ ، سنن النسائي باب السلطان يصاب على يده ، جـ ٨ ، ص ٣٥ .

قدمنا الى النبى ﷺ فذكرناه له فرفع النبى ﷺ يديه فقال : اللهم إنى أبرأ اليك مما صنع خالد مرتين . قال الخطابى : أنكر عليه العجلة وترك التثبت فى أمرهم قبل أن يعلم المراد من قولهم : صبأنا ثم دعا الرسول ﷺ على بن أبى طالب - رضي الله عنه وكرم الله وجهه - فقال : أخرج الى هؤلاء القوم وأجعل أمر الجاهلية تحت قدميك - فخرج على رضى الله عنه حتى جاءهم ومعه مال أعطاه النبى ﷺ إياه فدفع لهم الدية فى الدماء وما أصيب لهم فى الأموال حتى إذا لم يبق شئ من دم ولا مال إلا وأداه بقيت منه بقية من المال فقال لهم : هل بقى لكم بقية من دم أو مال لم يؤد لكم ؟ قالوا : لا قال : فإنى أعطيكم هذه البقية من المال احتياطياً لرسول الله ﷺ بما لايعلم ولا تعلمون ففعل ثم رجع الى رسول الله ﷺ - فأخبره الخبر ، فقال : أصبت وأحسنت » (٦) .

- وجه الدلالة من الحديث :-

- يدل هذا الحديث على تحمل الحاكم لنتائج أخطاء تابعيه ، إذ أن خالد بن الوليد - رضي الله عنه - لما دعا بنى جذيمة

(٦) مسند الإمام أحمد ، جـ ٢ ص ١٥٠ - ١٥١ ، السنن الكبرى للحافظ أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى ، جـ ٩ ص ١١٥ ، الطبقات الكبرى لابن سعد ، جـ ٢ ص ١٤٧ ، سيرة بن هشام ، جـ ٢ ص ٤٢٨ - ٤٣١ ، فتح البارى جـ ٨ ص ٥٧ - ص ٥٨ .

للإسلام ردوا عليه رداً فهم منه إصرارهم على الكفر ووصولهم الى طريق مسدود فى هذا السبيل ، ولا أمل يرجى فيهم ، فأعمل فيهم القتل مما أغضب رسول الله ﷺ ورأى أن هؤلاء القوم قد قتلوا ظلماً مما يستوجب دفع الدية لهم ولما كان خالد بن الوليد فى هذه الحالة تابعاً للرسول ﷺ ويتحدث باسمه فقد رأى ﷺ أن يدفع الدية من بيت المال .

٣ - عندما قدم عامر بن مالك على رسول ﷺ عرض عليه الإسلام لكنه لم يسلم ولم يظهر تجنباً عن الإسلام [٧] بل قال : يا محمد لو بعثت رجالاً من أصحابك الى أهل نجد فدعوهم الى أمرك رجوت أن يستجيبوا لك فقال الرسول ﷺ إنى أخشى عليهم أهل نجد قال عامر : « أنا لهم جار فبعث الرسول الكريم ﷺ سبعين رجلاً من خيرة أصحابه فساروا حتى نزلوا بئر معونة فبعثوا أحدهم بكتب الرسول ﷺ الى عامر بن الطفيل فلم أتاه لم ينظر فى كتابه بل عدا عليه وقتله ثم استصرخ قبائل من سليم لقتل الدعاة فأجابوه فأحاطوا بالقوم وقتلوهم

---

(٧) فتح البارى - السابق ، جـ ٧ ص ٣٨٥ ، الأعلام لخير الدين الزركلى - طبعة دار العلم للملايين - بيروت ، الطبعة الثامنة عام ١٩٨٩ م ، جـ ٣ ص ٢٥٢ ، مسند الإمام أحمد - السابق ، جـ ٣ ، ص ١٩٦ .

عن آخرهم ، وكان فى سرح الدعاة إثنان لم يشهدا هذه الموقعة الغادرة أحدهما : عمرو بن أمية الضمرى ولم يعرفا النبأ إلا فيما بعد فدافعا المشركين فقتل زميله وأفلت هو ورجع الى المدينة ، وفى الطريق لقى رجلين من المشركين منهما من بنى عامر فقتلهما ثم تبين لما وصل المدينة أن الرجلين من بنى كلاب وأن النبى ﷺ قد أجارهما فقال الرسول ﷺ : « لقد قتلت قتيلين لأدينهما . » .

- **وجه الدلالة من الحديث :-**

- يفيد الحديث بعبارته أن الرسول ﷺ تحمل دية الرجلين اللذين قتلهما الصحابى بحسبان أنه ﷺ متبوع وعمرو بن أمية الضمرى تابع له ، وقد أرتكب بسبب هذه الوظيفة عملاً غير مشروع .

٤ - وفى الحديث الصحيح أن النبى ﷺ قال : « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته ، الإمام راع ومسئول عن رعيته ، والرجل راع فى أهل بيته وهو مسئول عن رعيته ، والمرأة راعية فى بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها ، الخادم راع فى مال سيده ومسئول عن رعيته » (٨) .

---

(٨) فتح البارى - السابق - كتاب الإستقراض « باب العبد راع في مال سيده ولا يعمل إلا بإذنه » ، جـ ٥ ، ص ٦٩ وكتاب الوصايا فى

- وجه الدلالة من الحديث :-

يضع هذا الحديث قاعدة عامة كلية وشاملة توجب مسئولية كل من أسندت اليه رعاية أمر من الأمور ، وقد ذكرت فى الحديث أمثلة عن هذه الرعاية وهى على سبيل المثال لا الحصر ، وقياساً على ماورد فى هذا الحديث يمكن القول بمساءلة كل من كانت له صفة الرعاية على الغير .

٩- ثانيا - الإستدلال بالاثر :-

١ - ماروى أن أبا بكر - رضي الله عنه - دفع دية مالك بن نويرة (٩) حين قتله خالد بن الوليد - رضى الله عنه (١٠) .

= نفس الجزء ص ٣٧٧ وكتاب النكاح ، جـ ٩ ص ٢٥٤ ، سنن أبى داود - السابق ، جـ ٢ ص ١٢٩ ، فيض القدير - شرح الجامع الصغير - لعبد الرؤوف المناوى ، طبعة المكتبة التجارية الكبرى - مصر - طبعة عام ١٣٥٦ هـ ، جـ ٥ ص ٣٨ ، مسند بن حنبل - السابق ، جـ ٢ ، ص ٥ ، البيهقى - السابق ، جـ ٧ ، ص ١٩١ .

(٩) مالك بن نويرة بن جمرة بن شداد اليربوعي التميمى أبو حنظلة فارس شاعر من أرداف الملوك فى الجاهلية كانت فيه خيلاء أدرك الإسلام وأسلم وولاه الرسول ﷺ صدقات قومه بنى يربوع ، ولما تولى أبو بكر الخلافة اضطرب مالك فى أموال الصدقات وفرقها وقيل : إرتد فتوجه اليه خالد وقبض عليه فى البطاح وأمر ضرار بن الأزور الأسدى فقتله .
- الأعلام لخير الدين الزركلى - السابق - جـ ٥ ص ٢٦٧ .

(١٠) الكامل فى التاريخ لإبن الأثير - دار الكتاب العربى بيروت - الطبعة الرابعة عام ١٤٠٣ هـ ، جـ ٢ ، ص ٢٤٣ .

– فأبى بكر دفع دية مالك من بيت المال لأن خالداً تابع له وقد تحمل بيت المال خطأ تابعه .

٢ – أتى رجل الى الخليفة عمر بن عبد العزيز – رضي الله عنه – وقال له : يا أمير المؤمنين زرعت زرعاً فمر به جيش من أهل الشام فأفسده فعوضه عمر بن عبد العزيز عشرة آلاف درهم [(١١)] .

– لذلك ذهب بعض الفقهاء الى أن خطأ الإمام يكون فى بيت المال لأن فعل الإمام لمصلحة المسلمين وقد تكثر أخطاؤه فيكون الإحجاف فى إيجاب الدية على عاقلته [(١٢)] .

---

(١١) الخراج لأبى يوسف ، مطبعة بولاق عام ١٣٠٢ هـ ، ص ٦٨ .

(١٢) المهذب مع شرحه المجموع للنووى السبكى – مكتبة الإرشاد بجدة – جـ ١٧ ص ٥٠٩ ، المغنى لإبن قدامه – تحقيق د./ عبد الله التركى ، و د./ عبد الفتاح الحلو ، طبعة أولى ، عام ١٤١١ هـ – هجر للطباعة – القاهرة ، جـ ١٢ ، ص ٣٥ ، الإنصاف فى معرفة الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل – تأليف علاء الدين المرداوى الحنبلي – تحقيق محمد الفقي ، طبعة أولى عام ١٣٧٥ هـ ، جـ ١٠ ص ١٢١ ، كشف القناع عن متن الإقتناع لمنصور بن يونس البهوتى ، راجعه وعلق عليه الشيخ / جمال الهلالى – مكتبة النصر الحديثة بالرياض ، جـ ٦ ، ص ٦٠ .

– ولقـد قـسـم صـاحب المغنى أخطاء الإمـام والحـاكم إلى قسمين [١٣] : –

الأول :-

– أخـطـاؤه

فى غير الحكم والإجتهاد وتلك يتحمل نتيجتها عاقلته ، إذا كان مما تحمله العاقلة .

– الثانى :-

– أخطاؤه فى الحكم والإجتـهـاد ففيه رأيين : أولهـمـا ، ويرى تحميل عاقلته نتيجة هذه الأخطاء . وثانيهما : يرى تحميل بيت المال نتيجة هذه الأخطاء ، وهو ماذهب إليه الأوزاعى [١٤] والثورى [١٥] وأبى حنيفة وإسحاق [١٦] .. والعلة فيما ذهبوا اليه أن الخطأ يكثر فى أحكامه وإجتهاده وإيجاب العقل على عاقلته يجحف بهم ولأنه ناب عن الله عز وجل فى أفعاله وأحكامه فكان أرش[١٧]

---

(١٣) المغنى – السابق جـ ١٢ ، ص ٣٥ .
(١٤) الأعلام – السابق – جـ ٣ ص ٣٢٠ .
(١٥) الأعلام – السابق – ، جـ ٣ ص ١٠٤ .
(١٦) المرجع السابق ، جـ ١ ، ص ٢٩٢ .
(١٧) يطلق الأرش على بدل الجناية مادون النفس وكان مقدراً شرعاً وبعض

جنايته فى مال الله أى فى بيت المال ويكون فى القليل والكثير وذلك لأن خطأ النائب على المستنيب فى القليل والكثير(١٨) .

– مما سبق يتبين أن الدولة – وهى المتبوع – تكون مسئولة عن فعل تابعها وهو الموظف الذى سبب ضرراً لغيره (١٩) .

١٠ - ثالثا - الإستدلال بالقياس :-

– مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه توجد لها أمثلة كثيرة فى الفقه الإسلامى وفق حالات وشروط معينة ، من ذلك : –

١ – يعرف فقهاء المسلمين الأجير الخاص بأنه هو : « الذى يعمل لواحد عملاً مؤقتاً بالتخصيص ويستحق الأجر بتسليم نفسه

الفقهاء يطلق الأرش على الجراحات المقدرة ، أما عن النفس فتدفع الدية .

أنظر : حاشية بن عابدين ، جـ ٥ ٢٣٨ ، المبسوط للسوخسى ، جـ ٢٦ ص ٥٩ ، تبين الحقائق – شرح كنز الدقائق للزيلعى ، جـ ٦ ص ١٢٦ ، الفتاوى الهندية ، جـ ٦ ص ٣٤ .

وكذلك : التشريع الجنائي الإسلامى لعبد القادر عودة ، جـ ١ ص ٦٧١ ، الضمان للشيخ على الخفيف ، جـ ١ ص ١١ .

(١٨) الإنصاف – السابق – جـ ١٠ ص ١٢١ .

(١٩) د./ سيد أمين – المسئولية التقصيرية عن فعل الغير فى الفقه الإسلامى المقارن ص ١٦٣ .

فى المدة وإن لم يعمل » [٢٠] .

– ومن أمثلة الأجير الخاص العامل فى المصنع والأجير فى المحل والموظف فى الحكومة وسائق السيارة لمالكها والخادم فى المنزل وغيرهم ويتميز هذا النوع من الإجارة بأن العامل بموجبه يستحق الأجر بمجرد أن تنتهى المدة المحددة للإجارة ، وإن لم يعمل خلالها شيئاً ولم يقم بأدنى مجهود يستحق عليه مقابلاً أو أجراً وذلك أنه يستحق الأجرة بمجرد تسليم نفسه عمل أو لم يعمل لأنه بذل ماعليه ولاضمان عليه فيما تلف فى يده لأنه نائب المالك فى صرف منافعه إلى ما أمر به فلم يضمن ولأن عمله غير مضمون عليه فلم يضمن ماتلف به [٢١] .

– فلو أدخل تلميذ القصار[٢٢] أو أجيره الخاص ناراً للسراج بأمر الأستاذ فوقعت شرارة على ثوب من ثياب القصارة

---

(٢٠) كشف القناع – السابق جـ ٤ ص ٣٢ ، الإختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود عن مودود الموصلى – دار المعرفة – بيروت – الطبعة الثالثة عام ١٣٩٥ هـ جـ ٢ ص ٥٤ .

(٢١) كشف القناع – السابق ، جـ ٤ ص ٢٢ .

(٢٢) القصار : المحور للثياب لأنه يدقها بالقصرة التى هى القطعة من الخشب وحرفته : القصارة . والمقصرة : خشبة القصار والقصار بقصر الثوب قصراً – لسان العرب – طبعة دار المعارف ، كلمة (قصر) ص ٣٦٤٩ . .

أو أصابه دهن السراج (كالشمع السائل) أو وقع السراج من يده فحرق ثوباً فلا ضمان عليه بل الضمان على الأستاذ[٢٣] لأنه أدخل السراج بإذنه فصار فعل الأجير كفعل الأستاذ ولو فعل الأستاذ ذلك كان ضامناً .

– وكذلك لو أن الثوب تخرق نتيجة دق الأجير له أو عصره فلا ضمان عليه بل الضمان على الأستاذ لأن عمل الأجير ينقل إليه لإذنه به[٢٤] .

– وكذلك الحكم لو سقطت مدقة القصار من يد الأجير على ثوب من ثياب القصارة فأتلفته فالضمان على الأستاذ لأن هذا من عمل القصار فينسب الفعل اليه ، وعلى العكس من ذلك لو سقطت المدقة على ثوب كان وديعة فأتلفته فالضمان على التلميذ لأن الأستاذ يسأل عن عمل الأجير أو التلميذ فيما يملك تسليطه عليه

---

(٢٣) جامع الفصوليين لمحمود بن اسرائيل المعروف بابن قاضى سماوه ، جـ ٢ ص ١٢٢ ، فتاوى قاضي خان لفخر الدين حسين بن منصور المشهور بقاضيخان - مطبعة المتوكل - مصر ، جـ ٢ ص ٣١٧ ، مجمع الضمانات فى مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان لأبى محمد غانم بن محمد البغدادى - الطبعة الأولى ، ص ٤٢ - ٤٣ .

(٢٤) جامع الفصوليين - السابق ، جـ ٢ ص ١٣٠ .

واستعماله فيه وذلك فيما يتعلق بشئون الصنعة وفى حدود العمل فقط [٢٥] .

٢ – يسأل المكره (بكسر الراء) عن فعل من أكرهه إذا توافرت شروط الإكراه وكان بدون حق [٢٦] ، فلو أكره الشخص على إتلاف مال الغير فالضمان على من أكرهه [٢٧] بل إن الشخص لو أكره على أتلاف مال نفسه فالضمان كذلك على من أكرهه[٢٨].

٣ – يجوز للقاضى أن يقضى بالنفقة للزوجة ويأمر غير الزوج بقضائها إذا كان الزوج معسراً على أن يكون له حق الرجوع على الزوج مثال ذلك : إذا كان الزوج معسراً وكان

---

(٢٥) مجمع الضمانات – السابق – ص ٤٣ ، نظرية الضمان للدكتور / وهبه الزحيلى – دار الفكر – الطبعة الأولى عام ١٣٨٩ هـ ص ٢٥٦ .

(٢٦) د./ سيد أمين – السابق ص ١٦٣ .

(٢٧) المقنع مع حاشيته للشيخ سليمان بن عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب – المطبعة السلفية ومكتبتها ، جـ ٢ ص ٢٥٢ .

(٢٨) مجلة الأحكام الشرعية لأحمد بن عبد الله القارى – على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق د.. عبد الوهاب ابراهيم أبو سليمان ، و د./ محمد ابراهيم أحمد على – الطبعة الأولى عام ١٤٠١ هـ – مطبوعات تهامة – المادة ١٤٢٧ .

للزوجة ابن من غير هذا الزوج أو لها أخاً موسراً فنفقتها على زوجها ويؤمر الإبن أو الأخ الموسرين بالإنفاق عليها ويرجع بما أنفق علي الزوج إذا أيسر ويحبس الإبن أو الأخ إذا امتنع لأن هذا من المعروف ، وكذلك لو كان للمعسر أولاداً صغار ولم يقدر على الإنفاق عليهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الأب كالأم والأخ والعم ثم يرجع به على الأب إذا أيسر(٢٩) .

٤ – ولعل أبرز مثال لتحمل المتبوع لأخطاء تابعه تحمل العاقلة الدية الناجمة عن أفعال الغير فدية الخطأ على العاقلة ولا خلاف بين العلماء علي ذلك (٣٠) . وعاقلة الشخص هم قبيلته وقومه الذى ينتسب إليهم (٣١) .

---

(٢٩) حاشية بن عابدين – السابق ، جـ ٣ ص ٥٩٢ .

(٣٠) الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر تحقيق محمد نجيب سراج الدين – طبعة دار إحياء التراث الإسلامى بدولة قطر عام ١٤٠٦ هـ ، جـ ٣ ص ١٩٥ ، نيل الأوطار للشوكانى ، جـ ٧ ص ٩٢ . ولم يخالف فى ذلك إلا أبو بكر الأصم وهو معروف بكثرة مخالفته للإجماع – أنظر تفسير الرازى المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب للإمام محمد الرازى فخر الدين ابن العلامة ضياء الدين عمر المشتهر بخطيب الرى ، طبعة ثالثة – دار الفكر عام ١٤٠١ هـ – المجلد الخامس ، جـ ١٠ ص ٢٣٨ .

(٣١) يذهب الحنفية فى تحديد العاقلة الى مفهوم واسع يشمل الديوان إذا كان من أهل الديوان ، وكذلك يشمل النقابات والإتحادات . أنظر : درر الحكام شرح مجلة الحكام لعلى حيدر تعريب فهمى الحسينى

– والعلة من تحميل العاقلة الدية تكمن فى أن جنايات الخطأ كثيرة ودية الآدمى كثيرة فإيجابها على الجاني فى ماله يجحف به فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تخفيفاً عنه (٣٢) .

– من خلال استعراض النماذج السابقة يتضح لنا أن فقهاء المسلمين عرفوا مبدأ مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه فى صور كثيرة وتطبيقات متنوعة ولم يعرفوها كنظرية عامة مما يمكن معه قياس حالات أخرى على الحالات المذكورة .

= الطبعة الأولى عام ١٤١١ هـ – دار الجبل – بيروت ص ٣٠٠ – ٣٠١ ، بدائع الصنائع للكاسانى ، جـ ٧ – ص ٢٥٥ .

(٣٢) المغنى لابن قدامه – السابق ، جـ ١٢ ص ٢٣ ، المبسوط للسرخسى – السابق – ص ٢٦ ، ص ٦٦ .

المبحث الثانى

عدم جواز مساءلة المتبوع

عن خطأ تابعه

١١ - ذهب بعض الفقهاء - وهم قلة - إلى أن الشريعة الإسلامية لا تأخذ بمبدأ مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه وأستدلوا على ماذهبوا اليه بأدلة من الكتاب والسنة والأثر (٣٣) .

١٢ - اولا - الإستدلال بالكتاب :-

١ - قوله تعالى : « ولا تزر وازرة وزر أخرى . » (٣٤).

٢ - وقوله تعالى : « لها ماكسبت وعليها ما أكتسبت » (٣٥) .

٣ - وقوله تعالى : ولاتكسب كل نفس إلا عليها » (٣٦) .

---

(٣٣) فى تفصيل هذا الإتجاه ، أنظر : الضمان للشيخ على الخفيف - السابق ، جـ ٢ ص ٢٣٨ .

(٣٤) فى كل من سورة : الأنعام آية ١٦٤ ، الإسراء آية ١٥ ، الزمر آية ٧ ، النجم ، آية ٣٨ ، فاطر آية ١٨ .

(٣٥) البقرة ، آية ٢٨٦ .

(٣٦) الأنعام ، آية ١٦٤ .

٤ – وقوله تعالى : « كل نفس با كسبت رهينة .» (٣٧) .

– تدل الآيات السابقة بعبارتها أن مال الإنسان معصوم وأنه لاسبيل لأحد أن يأخذ منه شيئاً إلا بحقه ، فقد قال تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم .» (٣٨) .

– وإيجاب التعويض على المتبوع فيه أكل لأموال الناس بالباطل ومخالفة للنص القرآنى بالرأى والهوى إذ أن مسئولية المتبوع تحكمية « ولا مساغ للإجتهاد فى مورد النص .» (٣٩) .

١٣ - ثانيا - الإستدلال من السنة :-

١ – عن أبى رمثة قال : « خرجت مع أبى حتى أتيت رسول الله ﷺ فرأيت برأسه ردع حناء وقال لأبى : هذا ابنك ؟ قال : نعم ، قال : أما إنه لايجنى عليك ولاتجنى عليه وقرأ رسول الله ﷺ : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » .. » (٤٠) .

---

(٣٧) المدثر ، اية (٣٨) .

(٣٨) سورة النساء ، آية (٢٩) .

(٣٩) المادة ١٤ من مجلة الأحكام العدلية .

(٤٠) رواه أبو داود فى كتاب الديات ، جـ ٤ ص ٦٣٥ ، ورواه الترمذي فى التفسير ، تفسير سورة التوبة برقم (٣٠٨٧) ، وقال : حديث حسن غريب لانعرفه إلا من حديث عبيد الله بن إياد .

– ووجه الدلالة من الحديث أنه ليس المقصود منه الإخبار عن نفس الجناية وإنما المقصود بيان أن أثر جنايتك لايتعدى إلى ولدك وبالعكس ، وكل ذلك يدل على أن إيجاب الدية على الجاني أولى من أيجابها علي الغير (٤١) .

٢ – عن ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ : « لايؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه . » (٤٢) .

٣ – قوله ﷺ : « لايجنى جان إلا على نفسه . » (٤٣) .

٤ – وعن رجل من بني يربوع قال : « أتينا رسول الله ﷺ وهو يكلم الناس فقام إليه الناس فقالوا : يارسول الله هؤلاء بنو فلان الذين قتلوا فلاناً فقال رسول الله ﷺ : « لاتجنى نفس على نفس » (٤٤) .

---

(٤١) تفسير الرازى – السابق – المجلد الخامس ، جـ ١٠ ص ٢٣٨ .

(٤٢) سند الإمام أحمد – السابق ، جـ ٢ ص : ٢٢٦ – ٢٢٨ ، سنن أبي داوود حديث رقم (٤٢٠٦) . والترمذى كتاب الأدب باب ماجاء فى الثوب الأخضر برقم (٢٨١٢) ، النسائي جـ ٣ ص ١٨٥ .

(٤٣) الترمذي ، جـ ٢ ص ٢٤ ، المسند ، جـ ٣ ص ٤٩٩ .

(٤٤) المسند جـ ٣ ص ٦٤ – ٦٥ ، البيهقى ، جـ ٨ ص ٣٤٥ .

– وهـــذه الأحاديث دلت بعبارتها على أن أحداً لايتحمل عقوبة غيره .

١٤ – ثالثاً : الإستدلال بالأثر :-

١ – ماروى أن امرأة ذكرت عند عمر – رضى الله عنه – بسوء فأرسل إليها ففزعت وضربها الطلق وهى فى طريقها إليه فألقت ولداً فصاح صيحتين ثم مات فأستشار عمر الصحابة فقال بعضهم : ليس عليك شئ إنما أنت وال مؤدب وصمت على فأقبل عليه عمر فقال : ماتقول يا أبا الحسن ؟ فقال : إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم وإن كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك إن ديته عليك لأنك أفزعتها فألقته فقال عمر : أقسمت عليك أن لاتبرح حتى تقسمها على قومك (٤٥) .

– ووجه الدلالة من الرواية السابقة أن عمر – رضى الله عنه – جعل الدية على عاقلة الحاكم ولم يجعلها على بيت المال (٤٦) .

---

(٤٥) المغنى لابن قدامه ، جـ ١٢ ص ٣٥ ، ١٠١ ، المصنف للحافظ أبى بكر عبد الرازق بن همام الصنعانى والمشهور بمصنف عبد الرزاق : جـ ٩ ص ٤٥٨ .

(٤٦) د./ مصطفى أحمد الزرقاء – الفعل الضار والضمان فيه – دار القلم – دمشق – الطبعة الأولى عام ١٤٠٩ هـ ، ص ٤٢ .

٢ – روى أن أحد أمراء عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – أراد أن يعبر بجنوده نهراً ، فلم يجد سفنا فقال : اطلبوا رجلاً يعلم غور النهر فأتى بشيخ فقال الشيخ : إنى أخاف البرد وكان ذلك فى وقت بارد فأكرهه الأمير فأدخله النهر فلم يلبثه البرد فغرق .

– واستدعى عمر – رضى الله عنه – الأمير ليسأله فاعتذر الأمير اليه قائلاً : يا أمير المؤمنين ماتعمدت قتله ولكن لم نجد شيئاً نعبر فيه وإردنا أن نعلم غور الماء فنفتح كذا وكذا ، فقال عمر : لرجل مسلم أحب إلى من كل شئ جئت به لولا أن تكون سنة لضربت عنقك فأعط أهله ديته واخرج فلا أراك (٤٧) .

– فهنا وجد عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – أن الأمير قد أخطأ خطأ فادحاً فألزمه بالدية ولم يجعلها على بيت المال (٤٨) .

– يتبين من سوق الآيات السابقة والأحاديث والآثار أن الشريعة الإسلامية لاتجيز مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه لأنها لاتحمل أحداً وزر غيره .

---

(٤٧) سنن البيهقى ، جـ ٨ ص ٣٢٣ ، كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال للعلامة علاء الدين على المنقى بن حسام الدين الهندى – البرهان فورى – طبعة مؤسسة الرسالة بيروت الطبعة الخامسة عام ١٤٠٥ هـ ص ٢٩٩ ، أخبار عمر وابنه عبد الله لعلى الطنطاوى وناجى الطنطاوى .
طبعة المكتب الإسلامى – الطبعة الثامنة عام ١٤٠٣ هـ ص ١٥٧ .

(٤٨) الفعل الضار – السابق ، ص ٤٢ ، المصنف فى الأحاديث والآثار للحافظ عبد الله بن محمد بن أبى شيبة – طبعة الدار السلفية – بومباى – الهند ، طبعة عام ١٣٩١ هـ ، طبعة أولى ، جـ ٩ ص ٤٦٢ وما يليها عن القود من السلطان .

المبحث الثالث

رأينا الخاص فى المسألة

١٥ - من خلال عرض الإتجاهين السابقين ، نرى أن الإتجاه الذي يجيز مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه هو الإتجاه الأرجح لقوة أدلته وحسن استدلاله واستنباطه للأحكام الدالة علي ذلك وقوة استقرائه لآثار الصحابة الأجلاء والتى توضح بجلاء إقرار الشريعة الإسلامية لمبدأ مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه .

- يضاف لذلك أن تضمين إرباب الصنائع لما أتلفه صبيانهم وأجرائهم أمر يتمشى مع المنطق لأن الأجير تابع لأستاذه يأتمر بأمره وينتهى بنهيه ، فضلاً عن أن له غنم عمله فعليه غرم خطئه إذ الغرم بالغنم وزد على هذا أن الأجير غالباً ماتكون حركته أسيرة لتعليمات وتوجيهات أستاذه مما يعنى أن الخطأ الواقع منه مادياً فهو واقع من أستاذه معنوياً مما يبرر مساءلته . وقل نفس الشئ فى كل موضع من مواضع مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه .

١٦ - أما ما أحتج به أنصار الإتجاه الثانى الذين يرون عدم جواز مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه فيمكن الرد عليها بالآتى : -

١ - الآيات الكريمة التى اشترشد بها الإتجاه المعارض

وانتهى الى أن حكمها عدم جواز إلزام الشخص بخطأ غيره وأن القول بغير ذلك فيه أكل لأموال الناس بالباطل وهو منهى عنه .

- وهذا كلام وإن بدا فى ظاهره الصحة إلا أنه لامانع من إيراد الإستثناءات عليه طالما أن ذلك لايخل بجوهر المنع ويؤدى الى مصلحة . وعلى ذلك فلو كان تحميل الدية علي العاقلة فيه مخالفة لظاهر قوله تعالى : « ولاتزر وازرة وزر أخرى » حيث تدل الآية بعمومها على عدم جواز أن يتحمل المرء وزر غيره إلا أن تحيمل الدية علي العاقلة فيه تخصيص لذلك العموم ، ولما كان التخصيص غير جائز بغير مخصص فلقد وردت أحاديث كثيرة فى مناسبات عدة تؤكد جميعها وجوب الدية على العاقلة ، من ذلك رواية المغيرة بن شعبة قال : ضربت امرأة ضرتها بعمود فسطاط وهى حبلى فقتلتها قال واحداهما لحيانية قال فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على عصبة القاتلة وغرة لما فى بطنها فقال رجل من عصبة القاتلة : أتغرم دية من لا أكل ولا شرب ولا استهل فمثل ذلك يطل فقال رسول الله ﷺ : أسجع كسجع الأعراب - قال وجعل عليهم الدية » (٤٩) .

- وجه الدلالة من الحديث أن الرسول ﷺ فرض دية

---

(٤٩) صحيح مسلم ، جـ ١١ ص ١٧٨ .

للمقتولة وغرة لجنينها (٥٠) وأوجبها علي عاقلة القاتلة إلا أن بعض عاقلتها اعترض على الزامهم بالغرة ، حيث يلتزمون بالتعويض عن جنين لم تقم أمارات على حياته مما أثار استهجانه ﷺ واصفاً اعتراض هذا الشخص بأنه من قبيل سجع الأعراب الذى هو مذموم .

– وهذا الحديث كافٍ فى ذاته لتخصيص عموم قوله تعالى : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » ولا غضاضة فى ذلك فمن السنة مايجوز أن تخصص عام الكتاب الكريم باجماع الفقهاء من ذلك قوله ﷺ : « لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على أبنة أختها فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » . فإنه مخصص للعموم الوارد فى آية المحرمات من النساء بقوله تعالى : « وأحل لكم ماوراء ذلكم . » (٥١) .

---

(٥٠) الغرة هى أول مقادير الدية وسميت كذلك لأنها تشبه غرة الشهر أى بدايته وهى تستحق عن الجنين الذى ينفصل عن أمه نتيجة الإعتداء عليها بشرط انفصاله بعد ظهور خلقه كله أو بعضه كعضو من أعضائه فإن سقط قبل ذلك فلا يجب فيه شئ : أنظر د./ محمد مصطفى شلبى – أحكام المواريث ١٩٩١ ص ٧٤ مقروءة مع هامش (٢) ، د./ محمد محمد فرحات – أحكام التركات والمواريث والوصايا والأوقاف ، طبعة عام ١٩٩٣ ص ٢٧ .

(٥١) آية ٢٤ من سورة النساء .

فالآية السابقة عامة فى حل غير ماذكر من المحرمات إلا أن السنة خصصت هذا العموم - على نحو مابينا (٥٢) . والعلة الواضحة من وراء هذا التخصيص أن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها سبيل الي قطع صلة الرحم .

- وكذلك فالعلة فى تحميل العاقلة نتيجة خطأ الجانى تبدو فى أكثر من وجه .. الأول :أن تحميل العاقلة الدية فيه مصلحة للجانى وللمجنى عليه أو أهله ، فمن ناحية الجانى لو حملناه بالدية - فى ظل تتابع خطئه - لأوشك ماله أن ينفذ من كثرة الديات المستحقة فيه . ومن ناحية المجنى عليه أو أهله فربما يفاجأ بإعسار الجانى مما يهدر حقه ، أما الوجه الثانى فإننا لو حملنا الجانى عاقبة جناياته حتى يفتقر لآل الأمر الى إهدار حق المجنى عليه فجعل على عاقلته لأن احتمال فقر الواحد أكثر من احتمال فقر الجماعة ، ونظراً لأن الجماعة تتأذى من كثرة دفعها للديات فإنها ستحذره من تكرار ذلك . ولاشك أن تحذير الجماعة أبلغ فى الردع من تحذير النفس لصاحبها .

---

(٥٢) أنظر فى تفصيل ذلك : د./ عبد المجيد مطلوب - أصول الفقه الإسلامى ، طبعة عام ١٩٩٢ ص ١٢٨ ، د./ محمد محمد فرحات - علم أصول الفقه - طبعة ١٩٩٣ ، ص ٩١ ، د./ محمد مصطفى شلبى - أصول الفقه الإسلامى ، طبعة ١٩٩٢ ص ٩٧ .

٢ - أما احتجاجهم بما ساقوه من أحاديث تدل علي أن المرء لايتحمل جناية غيره فمردود بإمكانية تأويل الحكم الوارد بها على العقوبات الجنائية ، فمن قتل يقتل خاصة وأن مبدأ شخصية العقوبة يعني أن العقوبة تنزل بالجانى وحده مع صرف هذا المعنى الى العقوبات الماسة بالجسد سواء كانت حابسة للحرية كالسجن أو قصاصاً كقتل القاتل أو قطع عضو منه قصاصاً أو حداً كقطع يد السارق فتلك لاينوب عنها أحد عن أحد ، وإنما تنزل بالجانى وفارق بين هذا الوضع وبين الدية وسائر التعويضات إذ أنها تجب فى مال الشخص وتتعلق بذمته ، فإذا دفعها الجانى كان بها وإلا دفعتها عاقلته بل إنه يمكن التصدق بها على الجانى من فاعل خير .

٣ - أما استدلالهم بالأثر فى رواية المرأة الحبلى التى ألقت بجنينها الذى توفى علي إثر ذلك خوفاً ورعباً من استدعاء أمير المؤمنين عمر بن الخطاب لها فلقد أشار الإتجاه المعارض أن الدية التزمت بها عاقلة أمير المؤمنين لابيت المال ولا خلاف بيننا وبينهم فى ذلك بل أن هذا أمر منطقى لأن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - وجد أن العامل النفسى والرهبة التى تولدت فى نفس المرأة لا صلة لها بأمور الحاكم ولا بمظاهر الحكم بل هى أمر شخص يسأل هو عنه ، ولذا لم يحمل بيت المال الدية فى هذه الحالة بل حملها لعاقلته .

- أما رواية الأمير الذى أكره رجلاً مسناً على النزول الي

النهر بالرغم من برودة الجو فغرق ، فلقد رأى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أن مسلك هذا القائد شكل خروجاً على مقتضيات وظيفته ، بل هو مسلك منبت الصلة تماماً على تلك المقتضيات مما يسيغ تحميله مغبة خطئه ، ولو كان الأمر يسير بشكل عاد لتحمل بيت المال نتيجة هذا الخطأ .

الباب الأول

أساس مساءلة المتبوع

عن خطأ التابع

١٧ - تمهيد :-

- نظراً لأن مساءلة المتبوع عن خطأ التابع تعد خروجاً على المبدأ العام سواء فى القانون الوضعى أو الفقه الإسلامى ، فأنه قد ثار التساؤل حول أساس تلك المساءلة ولم تتفق كلمة الفقهاء على كلمة سواء فى هذا الصدد ، وبالتالى تعددت الأسس التى قيل بها سواء فى نطاق القانون المدنى أم فى نطاق الفقه الإسلامى .

- وعلى ذلك نقسم هذا الباب الى فصلين وخاتمة على النحو التالى : -

الفصل الأول : أساس مساءلة المتبوع عن خطأ التابع فى القانون المدنى .

الفصل الثانى : أساس مساءلة المتبوع عن خطأ التابع فى الفقه الإسلامى .

خاتمة الباب الأول .

الفصل الأول

أساس مساءلة المتبوع عن خطأ التابع فى القانون المدنى

١٨- تمهيد وتقسيم :-

– نظراً لأن مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه تعد استثناء من المبدأ العام فى المسئولية المدنية ، لذلك لم تختلف آراء فقهاء القانون فى أمر كإختلافهم فى شأن إيجاد أساس مناسب لتلك المسئولية .

– ويمكن رد هذا الخلاف من حيث المبدأ الى طبيعة هذه المسئولية وهل هى مسئولية شخصية أم مسئولية عن الغير ، فعلى القول الأول هناك عدة آراء ، وعلى القول الثانى تعددت الآراء كذلك .

– وعلى ذلك نقسم هذا الفصل الي مبحثين على النحو التالى : –

المبحث الأول : مسئولية المتبوع عن خطأ التابع مسئولية شخصية .

المبحث الثانى : مسئولية المتبوع عن خطأ التابع مسئولية عن الغيـــر .

المبحث الأول

مسئولية المتبوع عن خطأ التابع

مسئولية شخصية

١٩ - تمهيد وتقسيم :-

- اتجه بعض الفقهاء الي أن طبيعة مسئولية المتبوع عن خطأ التابع هى مسئولية شخصية ذاتيه ، إلا أنهم - فيما بينهم - لم يتفقوا على أساس واحد بل اختلفوا علي ذلك ، فمنهم من يرى في نظرية تحمل التبعة أو المخاطر أساساً مناسباً لتلك المسئولية بينما يرى آخرون - منهم - أن أساسها يكمن فى الخطأ المفترض .

- وترتيباً على ماسبق نقسم هذا المبحث الى مطلبين علي النحو التالى : -

المطلب الأول : نظرية تحمل التبعـــة .

المطلب الثانى : نظرية الخطأ المفترض .

المطلب الأول

نظرية تحمل التبعة

٢٠ - عرض النظرية :-

– تقوم نظرية تحمل التبعة على أساس المبدأ الشائع الذي يرى « أن الغرم بالغنم » .

– وتفصيل ذلك أنه نظراً لشيوع مبدأ تقسيم العمل فلقد أصبح بعض الأشخاص يستعينون بنشاط الآخرين فى سبيل إنفاذ المشروعات الإقتصادية ، ومن ثم يصبحوا تابعين لصاحب النشاط الذي يعد متبوعاً لهم .

– ونتيجة لممارسة التابعين لنشاطهم ، فإنه تزداد – تبعاً لذلك – فرض تعرض الآخرين للمخاطر مما يسبب لهم الضرر الذى يجب أن يتحمل نتيجته المتبوع ، باعتباره المستفيد الأول من نشاط تابعية ، وبعبارة أخرى إذا كان المتبوع يغنم من فوائد مشروعه الإقتصادى بفعل جهود تابعيه ، ففى المقابل عليه أن يغرم بتحمل تبعات نشاطهم الذي يضر بالآخرين(٥٣) .

---

(٥٣) أنظر فى ذلك :

- Josserand , Louis " Cours de droit civil positif , tome 2 , 2 . éd , 1933 , N° 418 - 488 , 513 - 450 .

====

– ولعل توقيت ظهور هذه النظرية يفسر – الى حد ما – سبب الركون إليها كأساس لتفسير مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه فهى قد ظهرت فى نهاية القرن التاسع عشر حيث راج استخدام الآلة فى الصناعة ، ولم يكن احتياطيات الأمن الصناعي متوافرة كما هى عليه الآن ، مما كان يعرض سلامة العمال

- Rene Savatier : traité de la résponsabilité civile en droit francais , tome 2,2 éd , Paris 1951 , N° 2. P. 360 .
- Salleilles : les accidents du travail et la responsapilite civile , Paris , 1897 . p. 32 .
- La lou henri et Azard , traite pratique de la responsabilite civile 6 ed , paris 1962, N° 1029 .
- Flour et Aubert : Obligations , tome 2. 1982 . N° , 709 . P. 436 .
- Michel le galcher baron : Les obligations , 1982 . N° 637 . p. 188 - 189 .
- Planioal , Ripert et esmein : Traite pratique de droit civil francais , obligations , tome . 6 . N. 641 .
- Dallant .(R) : la notion de prepose dans l'article 1384 du code civil , 1927 . P. 115.
- Mazeaud (H.et . L.) Lecon de droit civil - tome 2 , ed . Paris . 1956 P. 370 .

وأنظر كذلك : –

– د . / سليمان مرقس : محاضرات فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية – القسم الثانى ، الأحكام الخاصة ، عام ١٩٦٠

الخطر نتيجة تعرضهم لمخاطر تلك الآلات فكثرت – تبعاً لذلك – حوادث العمل وحتى يعوض العامل عن إصابته كان لابد أن يثبت خطأ صاحب العمل وفقاً لمبدأ المسئولية الذي كان سائداً وقتها وفقاً للمفهوم التقليدى الذي كان يتطلب من المضرور ضرورة إثبات خطأ المدعى عليه ، ونظراً لعجز العامل المصاب عن إثبات ذلك الخطأ ، فكانت بالتالى تضيع حقوق معظم العمال المصابين مما كان يلقى بظلال قاتمه على الصعيد الإجتماعى نظراً لتفشى الإصابات في قطاع كبير من قوى الإنتاج بل وعجز معظمهم لعدم توافر الملاءة النقدية لديه والتى تمكنه من علاج تلك الإصابات مما

ص ١٩٦ , د/. السنهورى : الوسيط – المجلد الثانى : العمل الضار والإثراء بلا سبب ، طبعة ١٩٨١ ص ١٤٦٩ وما بعدها ، د/. محمد لبيب شنب – دروس فى نظرية الإلتزام ، مصادر الإلتزام – طبعة عام ١٩٩٠ – ١٩٩١ – ص ٣٩٦ – ص ٣٩٧ ، د/. حسام الأهواني – النظرية العامة للإلتزام – الجزء الأول : مصادر الإلتزام ص ٦١٩ – ص ٦٢٠ ، د/. اسماعيل غانم فى النظرية العامة للإلتزام – الجزء الأول – مصادر الإلتزام ، ص ٤٤٥ – ص ٤٤٦ ، د/. جميل الشرقاوى – النظرية العامة للإلتزام – الكتاب الأول – مصادر الإلتزام ، طبعة ١٩٨١ ص ٥٢٣ – ص ٥٢٤ ، د/. محمد وحيد الدين سوار – شرح القانون المدنى – النظرية العامة للإلتزام – الجزء الأول – مصادر الإلتزام ص ٢٦٥ ومابعدها ، د/. محمد الشيخ عمر – مسئولية المتبوع – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة عام ١٩٧٠ ص ١٠٠ ومابعدها .

حدا ببعض الفقهاء أن ينادوا بضرورة هجر المبدأ التقليدي للمسئولية الخطئية وضرورة قيام مسئولية أصحاب الأعمال على أساس فكرة تحمل التبعة (٥٤) .

- ولا يقدح - فيما سبق - أن يكون التابع مستقلاً من الناحية المادية عن المتبوع إذ تكفى التبعية الإقتصادية للقول بوجود علاقة التبعة ، وهذا وحده كاف لمساءلة المتبوع عن خطأ تابعه إذ هو يجني فوائد عمل الأخير ، وترتيباً على ذلك عليه أن يتحمل مغارمه (٥٥) .

- ولقد وجدت تلك النظرية تأييداً من بعض أحكام القضاء من ذلك ماقضى به من : « مسئولية شركة الملاحة عن غرق إحدى المراكب نتيجة لخطأ أحد بحارتها حتى وإن كان ذلك البحار قد وضعته السلطة العسكرية تحت تصرفهم على أن تقوم تلك الشركة بدفع أجره مقابل العمل الذي ينفذه لحسابهم ، وقد جاء في أسباب الحكم أنه رغم عدم قيام الشركة باختيار ذلك البحار إلا أنها قبلته ودفعت له أجره فى مقابل العمل الذى يقوم به لحسابها ولمصلحتها

---

(٥٤) د/ سلمان مرقس - السابق ص ١٩٦ ومابعدها .

وأنظر كذلك : -

- Note : Josserand . D . 1934 , 1.5 .
- Note Dallant . D. 1931 , 1 . 172 .
- Demogue : traite des obligations , tome . 5 , Paris , 1985 . N° 882 .

(٥٥) Note : Sovatier : D . 1923 - 1 - 5 .

التجارية فوجب من ثم أن تتحمل نتيجة خطئه [٥٦] .

٢١ - مميزات النظرية :-

– ولعل هذه النظرية تقدم لنا بعض الميزات التى قد لاتتوافر في نظرية أخرى .

- الأولى :-

– لايجدى المتبوع – فى سبيل الفكاك من المساءلة – أن يثبت أنه لم يرتكب خطأ ما أو أنه لم يكن بمقدوره منع السلوك الضار من قبل تابعه ، حيث إن المسئولية لاتقوم على أساس الخطأ ، وطالما عادت على المتبوع من نشاط تابعه ، فوجب عليه تحمل مغبته وما ذلك إلا تطبيقاً لمبدأ الغرم بالغنم [٥٧] .

---

(٥٦) - Cass . civ . 2 - 10 - 1942 . G . P, 1942 - 2 - 243 .
- Cass civ . 15 - 2 - 1933 , G . P. 1934 , 1 , 222 .
- Cass . crim . 22 - 11 - 1924 . G . P. 1925 , 1 , 253 .

(٥٧) د/, محمد الشيخ عمر – السابق – ص ١٠٠ ، د/ اسنهورى – السابق ص ١٤٧٠ ، د/, اسماعيل غانم – السابق – ص ٤٤٦ , د/, جميل الشرقاوى – السابق – ص ٥٢٤ ,

- الثانيـــــة :-

– وتلك الميزة تترتب – كنتيجة منطقية – على الميزة السابقة ومضمونها أن المتبوع يتحمل وبصفة نهائية تبعة خطأ تابعة ، وبالتالى إذا دفع تعويضاً للمضرور فلا يستطيع الرجوع به علي التابع لأن مساءلته عن تعويض المضرور لم تكن نتيجة لخطأ التابع بل لأنه يتحمل تبعة نشاطه (٥٨) .

- الثالثـــة :-

– يمكن مساءلة المتبوع ولو كان غير مميز طالما لم تقم تلك المساءلة على أساس الخطأ(٥٩) .

٢٢- نقد النظريــــــة :-

– إلا أن تلك النظرية لم تسلم من النقـد ، بل علي العكس تعرضت لإنتقادات شديدة على النحو التالى : –

١ – تناقض هذا الأساس مع الضوابط المتفق عليها حتى تتسنى مساءلة المتبوع عن فعل تابعه وأولى هذه

---

(٥٨) د/. السنهورى – السابق – نفس الموضع .
- Souatier . op. cit . P.360 .

(٥٩) د/. السنهـورى – السـابق – نفس الموضع ، د/. جـميل الشرقاوى – السابق – نفس الموضع .

الضوابط إرتكاب التابع لخطأ ترتب عليه الإضرار بالغير ، فخطأ التابع هو المحك الأصلي للقول بمساءلة المتبوع من عدمه ، فإذا اتفقنا علي ذلك فلا يستقيم هذا القول مع ماذهب اليه أنصار نظرية تحمل التبعة من القول بأن أساس مساءلة المتبوع هو مبدأ الغرم بالغنم بما يستتبع تحمل المتبوع لتبعة نشاط تابعه لاتبعة خطئه وكأثر منطقى لهذا القول فإن المتبوع سوف يسأل عن كل نشاط لتابعه سبب ضرراً للغير حتى ولو لم يمكن نسبة الخطأ لهذا التابع وهو مالم يقل به أحد (٦٠) .

إذ يجب دائماً التمييز بين لاأفعال الخاطئة وتلك التى ليست كذلك والتى تقع من التابع ومساءلة المتبوع عن نتائج الأولى دون الثانية .

٢ – وترتيباً على ماسبق فأن المتبوع لو قام بأداء التعويض للمضرور فإنه لن يستطيع الرجوع بما أداه على التابع لأن مبدأ تحمل التبعة يحول دون ذلك إذ أنه طالما حصد ثمار ومنافع نشاط تابعه فإن ذلك يعد المقابل لما التزم به تجاه المضرور فالغرم بالغنم (٦١) ، وهذا مما يخالف ما أنتهى اليه الفقه والقضاء من

---

(٦٠) د/. محمد وحيد الدين سوار – السابق ص ١٤٧ .

- michel le Galcher Baron . Op. cit . N° 637 . P. 189 .

- Mazeaut (H.L.) op. cit . N. 429 . p . 371 .

(٦١) د/. عاطف النقيب – النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن فعل الغير ، ص ١٠٥ ، د/. السنهورى – السابق ص ١٤٧٠ – ص ١٤٧١ .

إقرار حق المتبوع فى الرجوع على تابعه بما أداه للمضرور .

٣ - إذا كانت استفادة المتبوع من نشاط تابعه هى أساس مساءلته عن خطأ هذا التابع ، فإنه وتمشياً مع هذا المنطق فإن التابع يستفيد كذلك من هذا النشاط في صورة العائد النقدى الذى يحصل عليه كأجر مقابل عمله وبالتالى - لو صح هذا الأساس - لكان هو أولى الناس بتحمل نتيجة خطئه دون أن يكون للمضرور الرجوع علي المتبوع تطبيقاً لمبدأ الغرم بالغنم وهو مالم يقل به أحد إذ يمكن للمضرور الرجوع علي المتبوع مما يعنى عدم صلاحية هذا الأساس لما يكتنفه من غموض وعدم وضوح .

- وإذا لم يكن من الجائز - وفقاً لمنطق تحمل التبعة - رجوع المضرور على التابع لما أبديناه فلا أقل - وتلك أبسط قواعد العدل - من اقتسام المساءلة بين كل من التابع والمتبوع[٦٢] .

٤ - وثمة صعوبة أخرى تعترض هذا الأساس وتكمن فى مسألة انتقال التبعة لمتبوع آخر بحيث يستفيد المتبوع الأصلى من تأجير تابعه ويستفيد المتبوع العرضى من نشاطه كذلك ، فمن منهما يسأل فى هذه الحالة وكلاهما مستفيد لاشك أن رجوع المضرور سيكون على المتبوع العرضى ليس تأسيساً على منطق

---

(٦٢) د./ محمد الشيخ عمر - السابق ، ص ١٠٠ .
- Demogue . op. cit . N . 95 . p . 107 .

تحمل التبعة وما يثيره من مبدأ الغرم بالغنم لأن مقتضى هذا المبدأ متوافر فى حق كلا المتبوعين ولكن على أساس أن الخطأ وقع من التابع حال خضوعه لإشراف ورقابة ذلك المتبوع العرضى .

المطلب الثانى

نظرية الخطأ المفترض

٢٣ - مضمون النظرية :-

– لقد ذهب البعض الى تأسيس مساءلة المتبوع عن خطأ التابع على أساس الخطأ المفترض فى جانب المتبوع وتعد هذه النظرية من أقدم النظريات التى قيل بها لتبرير مساءلة المتبوع عن خطأ التابع .

– فإذا كانت النظرية التقليدية فى المسئولية المدنية تقوم على أساس الخطأ واجب الإثبات والجائز النفى إلا أن دعاة هذا الأساس قد قلبوا الموازين رأساً علي عقب فهم لم يكتفوا بتأسيس مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه على أساس الخطأ وحسب ، وإنما تجاوزوا ذلك الى جعل هذا الخطأ مفترضاً بمعنى أنه بمجرد إتيان التابع لسلوك - خطأ - أضر بالغير فإنه يفترض خطأ المتبوع ، وبالتالى جواز مساءلته عن نتيجة هذا الخطأ في مواجهة المضرور .

– وأساس افتراض الخطأ فى جانب المتبوع يكمن فى سوء إختياره لتابعه أو تقصيره فى رقابته وتوجيهه أو فى الثلاثة معاً .

– وتفصيل ذلك أن المتبوع كان يجب عليه - وهو بصدد إختيار تابعه - أن يتحرى الدقة فى هذا الإختيار ، أما وقد وقع الخطأ من هذا التابع فإنه يفترض إهمال المتبوع فى إختياره وأنه

أوكل ثقته لتابع لايتحلى بالحرص والحيطة (٦٣) .

– ولقد شايعت هذا الإتجاه بعض الأحكام القضائية والتى انتهت الى أن أساس مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه هو إفتراض

---

(٦٣) أنظر د./ السنهورى – السابق – ص ١٤٦٤ ، مصطفى مرعى بك – المسئولية المدنية فى القانون المصرى و طبعة ١٩٣٦ ص ٢٣٢ ، د./ جميل الشرقاوى – السابق ص ٥٢٣ ، د./ اسماعيل غانم – السابق ص ٤٤٤ ومابعدها ، ود ./ سليمان مرقس – الوافى فى شرح القانون المدنى – الإلتزامات – المجلد الثانى – الفعل الضار والمسئولية المدنية ، طبعة ١٩٨٩ ص ٩٥ ، د./ محمد لبيب شنب – السابق ص ٣٩٥ ، د./ حسام الأهوانى – السابق – ص ٦١٩ ، د./ حشمت أبو ستيت – نظرية الإلتزام فى القانون المدنى الجديد – مصادر الإلتزام – الطبعة الثانية عام ١٩٥٤ ص ٤٨٧ ، د./ سهير منتصر – مسئولية المتبوع عن عمل التابع – ص ١٣ وما بعدها .

- Flour - les rapports , de commettant a prepose , these caen 1933 . p . 32 .

- Demolomp : Cours de code Napleon , 3 ed tome 31 , 61 .

- Baudry - Lacantinerie et Barde : traite theorique et pratique de droit civil 3 , 4 ed, des obligations . paris , 1907 , 2911 .

- Michel le galcher Baron , op . cit . P. 188 .

- Triandafil " L'idee de faute et l'idee le risque comme fondement de la reponsabil-ite . Paris . 1914 . P. 78 .

خطأ المتبوع فى اختيار هذا التابع (٦٤) .

- واذا كان أختيار المتبوع لتابعه على أساس سليم وجب عليه حسن مراقبته وتوجيه فإذا ماوقع الخطأ من التابع فإن ذلك يرجع إلى نقص رقابة المتبوع له فضلا عن أنه لم يحسن توجيهه ولايشفع له - حينئذ - أنه أحسن أختيار هذا التابع (٦٥) .

(٦٤) أنظر : نقض مدنى ٤ / ١ / ١٩٨٧ - ٥٢ ق - طعن رقم ١٣٩٠ ، نقض مدنى ٢٣ / ٦ / ١٩٨٧ ، السنة ٥٦ ق - طعن رقم ٥٧٠٥ ، نقض مدنى ٢٥ / ١٠ / ١٩٨٧ ، السنة ٥٣ ق ، الطعن رقم ١١٨٦ .

- Trib . Seine : 26 - 6 - 12931 , G . P. 1931 - 2 - 230 .
- Trib - Lyon : 5 - 2 - 1942 , s . 1942 - 2 - 48 .

(٦٥) د./ السنهورى - السابق - نفس الموضع ، د./ سهير منتصر - السابق ، نفس الموضع ، مصطفى مرعى - السابق ص ٢٢١ وما بعدها .

- Triandafil : These . op. cit . P. 78 .
- Flour , these . op. cit . P. 34 .
- Savatier : op. cit 291 .
- Lalou : op. cit . 247 .
- Josserand : op. cot . 511 .
- Locre : Ligislation civil . Tome 13 p. 59 .

– ولقد سايرت بعض أحكام القضاء هذا الأتجاه من ذلك ماقضى به من أن :«القانون المدنى أقام فى الماده ١٧٤ منه مسؤليه المتبوع عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غيرالمشروع على خطأ مفترض فى جانب المتبوع فرضا لايقبل أثبات العكس مرجعه سوء أختياره لتابعه وتقصيره فى رقابته .» (٦٦) .

وبأن : « السيد مسئول عن تعويض الأضرار التى تصيب الغير بسب خطأ خادمه وأساس هذه المسؤلية سوء إختياره لخادمه وتقصيره فى رقابته ولا يندفع الضمان عن السيد إلا أذا أثبت أن الحادث الضار قد حصل بقوة قاهرة لا شأن فيها لخادمه أو أنه حصل عن خطأ المجنى عليه نفسه .» (٦٧) .

– وقد يبدو من الحكم السابق أن المتبوع يستطيع التخلص من المسئوليه وتلك حقيقة إلا أنه لايستطيع أن ينقي خطأه إذ هو مفترض ولكنه يستطيع الفعال من المسئوليه وذلك ينفى علاقة السببية بين خطأ التابع – لاخطئه هو وبين الضرر الذى حدث ولن يتأتى ذلك إلا إذا أثبت أن هذا الضرر إما أنه وقع بفعل قوه قاهرة أو بخطأ المجنى عليه فإذا أثبت ذلك إرتفعت المسئوليه عن التابع وأستفاد المتبوع من ذلك بالتبع له.

(٦٦) نقض مدنى ٣١ / ١٢ / ١٩٧٤ – مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢٥ ق – رقم ٢٥٧ ص ١٥١٩ .

وفى نفس المعنى نقض جنائي ٢٧ / ٣ / ١٩٣٠ – المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦٧ .

(٦٧) نقض جنائي فى ٧ / ١١ / ١٩٣٢ – مجموعة القواعد لربع قرن – ملحق ٤٢ ص ١٢٩١ .

- ورب سائل يسأل عن مدى جواز مساءلة المتبوع عن خطأ التابع رغم حسن أختياره له وعدم تقصيره في رقابته وتوجيهه ؟ ويجيب أنصار تلك النظريه بأن مجرد وقوع الخطأ من التابع فإنه يفترض أهماله في اختياره وأنه أودع ثقته في شخص غير خليق بها فضلا عن تقصيره في رقابتـه وتوجيهه آية ذلك ماوقع منه من خطأ :

وهي أمور لايطلب من المضرور إثباتها ولا يقبل من المتبوع نفيها (٦٨) .

٢٤- نقـد النظريــــــه :-

- وجه لتلك النظريه عدة أنتقادات على النحو التالي :

١ - لو إفترضنا أن المتبوع قد أحسن أختيار تابعه فتبقى مسألة أهماله في رقابته وعدم إحسان توجيهه وهذا يمكن الرد

---

(٦٨) - Ripert : La regle morale : tome . 1 , paris 1935 , 126 .
- esmein : la responsabilite de commettant , Rev., crit 1924 . P. 19 .
- Sourdat : Traite generale de la responsabilite , 5 ed tome , 2 . P. 122 .
- Triandalif : these . op. coit . P. 78.
- Planiol , Ripert et Esmein . op. cit . 461 .
- Mazeaud et tunc : traite de la responsabilite , 6 ed , tome 1 . 931 .
- Colin et capitant : cours elementaire de droit civil . Tome 2 . 1948 . P. 249 .
- د./ محمد الشيخ عمر - السابق - نبذة ٧٠ .

عليه بسهوله فالتابع فى هذا النطاق إما أن يعمل وفقا لتعليمات وأوامر محددة من قبل متبوعه أو يكتفي الأخير بالرقابة العامه دون أن يعطى – في هذا الصدد – توجيهات خاصة . فأما إن كانت الأولى ووقع الخطأ رغم أن التابع ينفذ أوامر متبوعة فنكون بصدد خطأ مشترك مما يقتضي الاشتراك في تحمل المسئولية ومفهوم المخالفة لذلك لو أن المتبوع كان قد أصدر آوامره بنهي التابع عن اتيان الفعل الخاطئ لكان مقتضي ذلك اعفاء من المسئولية وهذا مالم يسلم به أحد إذا أن منطق مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه يقتضى مساءلته حتى فى هذه الحاله .

– وأما إن كانت الثانية وهى التي تفترض عدم عدم صدور تعليمات خاصة من المتبوع أكتفاء بالرقابة العامة والتوجيه المستمر للتابع ورغم ذلك وقع منه الخطأ الذى سبب الضرر للغير فحتى فى هذه الحاله تكون مساءله المتبوع أمرا مبالغا فيه مجاوزا لحدود المنطق خاصة وأن الرقابه المحكمة والتوجيه المستمر الذى لاينقطع هما أمران يصعب تحقيقهما فى الواقع خاصة في مجال الأنشطة الصناعية والمهنية (٦٩) .

---

(٦٩) د./ سليمان مرقس – مسئولية المتبوع بوجه عام – مقال فى مجلة القانون والإقتصاد – السنة الخامسة عشرة – نوفمبر وديسمبر – ١٩٤٥ – ص ٥٤٥ وما بعدها .

٢ ـ تناقض أنصار النظرية مع ماوضعوه من مقدمات وما استخلصوه من نتائج آية ذلك أنهم أقاموا مساءلة المتبوع عن خطأ مفترض يتمثل في سوء الأختيار أو عدم حسن الرقابه والتوجيه ومعنى ذلك أن المتبوع يستطيع فى بعض فروض المساءلة التخلص من المسئولية خاصة إذا أستطاع إثبات أن الضرر كان واقعا لامحالة حتى ولو أحسن إختيار تابعه ورقابته وتوجيهه أى إذا نفى علاقة السببية مابين الضرر الذى وقع والخطأ المفترض فى جانبه وهو مالم يسلم به أنصار النظرية وكل مايستطيع المتبوع عمله هو نفى علاقة السببية بين الضرر وبين خطأ التابع لا خطئه هو مما يدفعنا الى الجزم بأن مساءلة المتبوع لاتقوم على خطأ مفترض طالما أن هذه القرينة لايجوز إثبات عكسها مما يجعلها قرينة قاطعة فتكون بالتالى مسئولية المتبوع أقرب الى المسئولية الموضوعية (٧٠) .

- Flour , these . op. cit . P. 36 .
- Planiol : La responsabilite du fait d'autrui , Rev. crit 1909 , P. 296 .
- Demarne : de la responsabilite des commettants , Paris , 1911 . P. 182 .

(٧٠) د./ السنهورى – السابق ص ١٤٦٧ – ص ١٤٦٨ ، د./ حسام الأهوانى – السابق ص ٦١٩ ، د./ جميل الشرقاوى – السابق ص ٥٢٣ ، د./ اسماعيل غانم – السابق ص ٤٤٥ ،

٣ - وحتى لو سلمنا لأنصار النظرية بأن أساس مساءلة المتبوع هو الخطأ المفترض فى جانبه ، فإننا لانسلم بما انتهوا اليه من نتائج من ذلك أن غير المميز لايتصور إرتكابه للخطأ فكيف يمكن افتراض الخطأ فى جانبه بما كان يجب معه إسقاط مسئولية المتبوع غير المميز وهو مالم يسلم به أنصار تلك النظرية وهذا دليل آخر على عدم سلامة الإدعاء بتأسيس تلك المساءلة على أساس الخطأ المفترض(٧١) .

د./ سليمان مرقس - الوافى فى شرح القانون المدنى ص ٩٠٥ ، د./ محمد لبيب شنب - السابق ص ٣٩٥ ، د./ سهير منتصر - السابق ص ١٥ .

- Mazeaud : op. cit . 931 .
- Planiol , Ripert et Esmein : op. cit . 641 .
- Flour et Aubert : obligations . op. cit . p.36 .
- Carbonnier : Droit civil , tome 4 , 12 ed , les obligations p. 431 .
- Dallant : note : D. 1931 - 1 - 172 .
- Michel le Galcher baron : op. cit . p. 188 .

(٧١) د./ السنهورى - السابق ص ١٤٦٨ - ١٤٦٩ ، د./ جميل الشرقاوى - السابق ص ٥٢٣ ، د./ مصطفى الجمال - النظرية العامة للإلتزامات - الجزء الأول - مصادر الإلتزام - طبعة عام ١٩٨٥ ص ٤١٦ ، د./ محمد لبيب شنب - السابق ص ٣٩٦

- وفى الفقه الفرنسى : -

- Mazeaud : op. cit . N . 1136 .
- Demogue . op. cit N. 1020 .

٤ - وثمة تناقض آخر وقع فيه أنصار نظرية الخطأ المفترض إذ لو قلنا بإفتراض خطأ المتبوع نتيجة إساءته لإختيار تابعه وإيداعه ثقته فى شخص ليس جديراً بها لكان معنى ذلك إرتفاع مسئوليته إذا كان التابع مفروضاً عليه ولم تتح له فرصة إختياره إلا أن هذا الإستنتاج لايتمشى مع ماذهبت اليه الكثرة الغالبة من الفقهاء وأحكام المحاكم من أن المتبوع يسأل عن خطأ تابعه حتى ولو لم يكن حراً فى إختياره مما يعنى أن أساس المساءلة ليس هو ذلك الخطأ المفترض وإنما يكمن فى قيام رابطة التبعية ذاتها (٧٢) .

- وحتى فى الحالات التى تترك للمتبوع فيها حرية اختيار تابعه فإن مساءلته عن بعض أخطائه فى ظروف معينة هى أمر يخالف مقتضيات المنطق القانونى ، وتفصيل ذلك أنه مهما بلغ حرص ويقظة المتبوع فى اختيار تابعه ، فإن بعض أخطاء الأخير قد تأتى بصفة عرضية رغم يقظة التابع وشدة حرصه على عدم وقوع الخطأ من جانبه مما ينفى فى هذه الحالة التلازم بين وقوع الخطأ وبين الإهمال وعدم الحرص فى إختيار التابع (٧٣) .

---

(٧٢) د./ حسام الأهوانى - السابق - ص ٦١٩ ، د./ محمد لبيب شنب - السابق ص ٣٩٥ ، د./ اسماعيل غانم - السابق ، ص ٤٤٥.

(٧٣) د./ سهير منتصر - السابق - ص ١٥ - ١٦ .

- Salleilles : op. cit . P. 31 .

٥ - يثير الأخذ بنظرية الخطأ المفترض الكثير من الصعوبات خاصة فيما يتعلق بمدى جواز رجوع المتبوع على تابعه بما دفعه من تعويض للغير المضرور وتكمن الصعوبة فى أن كلاً من التابع والمتبوع - وفقاً لمنطق هذه النظرية - قد أخطأ فى النهاية إلا أن خطأ التابع قد ثبت بحكم قضائى - بينما خطأ المتبوع قد افترض بمقتضى نص تشريعى من خلال قرينة قاطعة إلا أن منطق النظرية السابقة يحول دون توزيع عبء المسئولية بين الإثنين مما يثير التساؤل عن الأساس الذى على ضوئه يتم هذا التوزيع ؟ خاصة وأن من المبادئ المستقرة فى المسئولية مبدأ توزيع العبء على المسئولين كل بقدر مساهمته فى الخطأ . وأمام صعوبة الإجابة على التساؤل السابق إتجه أنصار النظرية الى تفويض القاضى بحل تلك المشكلة من خلال ظروف وملابسات وقوع الضرر وأسبابه (٧٤) .

---

(٧٤) د./ سهير منتصر - السابق - ص ١٨ .

المبحث الثانى

مسئولية المتبوع عن خطأ التابع

مسئوليـة عن الغير

٢٥ - تمهيد وتقسيم :-

- ذهب بعض من الفقه الى القول بأن مسئولية المتبوع عن خطأ التابع ليست مسئولية ذاتيه وإنما هى مسئولية عن الغير لاينسب فيها خطأ للمتبوع وإنما يتحمل نتيجة خطأ تابعه من الناحية المدنية والتى تتمثل فى تعويض المضرور من خطأ التابع .

- وتبريراً للأساس السابق ذهب البعض إلى أن التابع يعد نائباً عن المتبوع ، فى حين أسس آخرون تلك المساءلة على أساس نظرية الضمان .

- *وترتيباً على ماسبق نقسم هذا المبحث الى مطلبين على النحو التالى :-*

المطلب الأول : نظرية النيابـة .

المطلب الثانى : نظرية الضمان .

المطلب الأول

نظريـــــة النيابـــــة

٢٦ - مضمون النظرية :-

– نظراً لأن النيابة تقوم على ثقة الأصيل فى نائبه وأنه خير من يحفظ له حقه ، فقد ذهب البعض الى تشبيه علاقة المتبوع بتابعه وهى تقوم على الثقة كذلك – بعلاقة الأصيل بنائبه ومن هذا المنطلق ذهبوا الى القول بأن الخطأ الصادر من التابع كأنه صادر من المتبوع إذ الأول يعمل لحساب الثانى ، فضلاً عن إئتماره بأوامره فضلاً عن خضوعه لرقابته وتعليماته ، وكما يتحمل الأصيل نتيجة الخطأ الصادر من النائب فإن المتبوع يسأل عن نتيجة أخطاء تابعه (٧٥) .

---

(٧٥) د/. عبد الودود يحيى – الموجز في النظرية العامة للإلتزامات – مصادر الإلتزام – طبعة عام ١٩٨١ ص ٢٢٦ ,

- Mazeaud et Tunc : op. cit . P. 1011 .
- Bertrand : le prepose moderne : these , Aix . 1935 P. 220 .
- Hugueney : Note S : 1915 , 1 . 113 .
- Colin et capitant : op. cit . p . 255 .
- Martin : L'option entre la responsabilite contractuelle et la responsabilite delictuelle , Paris 1957 . p. 87 .

– ونظراً لأن النيابة لاتكون إلا فى التصرفات القانونية وعمل التابع غالباً مايكون عملاً مادياً بما يخرجه من نطاق نظرية النيابة مما يعنى عدم صلاحيتها لتأسيس مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه ، إلا أنهم تغلبوا على تلك الصعوبة بالقول بأن فكرة النيابة – فى حدود هذا النطاق – تتسع لتشمل التصرفات القانونية والأعمال المادية على حد سواء (٧٦) .

– ويشير أنصار هذه النظرية إلى أنهم بذلك تغلبوا على الإنتقادات التى وجهت لنظرية الخطأ المفترض إذ أن الأخذ بنظرية النيابة لايتيح للمتبوع الفكاك من المساءلة طالما أصبح خطأ التابع وكأنه صادر من المتبوع ، وطالما أقام المضرور الدليل على خطأ التابع فإن ذلك يستتبع مساءلة المتبوع .

– ومن ناحية أخرى فإن الأصيل لايسأل عن عمل النائب الذى يتجاوز فيه حدود نيابته ، وترتيباً علي ذلك لو أن خطأ التابع كان منبت الصلة بطبيعة النشاط الخاص بالمتبوع فلا يسأل الأخير فى هذه الحالة (٧٧) .

---

(٧٦) د/. السنهورى – السابق – ص ١٤٧٢ ، د/. محمد الشيخ عمر – السابق ص ٩٤ .

(٧٧) - Mazead et Tunc : op. cit . P. 1011 - 1012 .

- ويبدو أن هذه النظرية قد لاقت استحساناً على صعيد القضاء سواء المصرى أو الفرنسى ، ولذلك نجد صدى لها فى عديد من الأحكام ، والتى ذهبت الى القول بأن شخصية التابع امتداد لشخصية المتبوع بما يعنى أنهما شخصاً واحداً ، وبالتالى فإن مايقع من التابع من أخطاء تضر بالغير ، فكأنها واقعة من المتبوع بما يبرر مساءلته عن الأضرار التى تحيق بالغير نتيجة هذه الأخطاء [٧٨] .

٢٧ - نقد النظرية :-

- *تعرضت نظرية النيابة للإنتقادات الآتية :* -

١ - مخالفتها للأصول الفنية المستقرة ، آية ذلك أن أنصار هذه النظرية يشبهون علاقة المتبوع بتابعه بعلاقة الأصيل بنائبه ، وهذا قياس مع الفارق إذ المتعارف عليه أن النيابة لاتكون إلا فى التصرفات القانونية فقط

---

(٧٨) فى هذا المعنى أنظر : نقض مدنى ١٤ / ٥ / ١٩٤١ - مجموعة عمر - المجلد الثالث بند ١٥٦ ص ٤٣٦ ، وكذلك : محكمة الإستئناف المختلطة فى ١٤ / ١٢ / ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٥ ،

وكذلك أنظر :

- Cass civ . 24 - 1 - 1924 . G . P . 1924 - 1 - 30 , 11 - 5 - 1840 . D. 1846 - 1 - 192 .
- Trib - Besancon : 17 - 5 - 1927 . G . P. 1927 - 2 - 370 .
- Flour : These . op. cit . P. 52 .

وتتم بحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانونى تنصرف آثاره الى ذمة الأصيل وليس النائب فى حين يتأتى خطأ التابع من تصرفات ماديه .

- وثمة وجه انتقاد آخر

يتمثل فى أن النائب حينما ينتهى من إبرام التصرف القانونى فإن آثاره تنصرف مباشرة الى ذمة الأصيل دون مرور بذمة النائب ، فالأصيل هو المسئول الأول عن تنفيذ الإلتزامات المتولدة عن هذا التصرف ، وبذلك يخرج النائب تماماً من دائرة هذا الإلتزام ولايستطيع الأصيل الرجوع على النائب فيما يتعلق بتنفيذ هذا الإلتزام فكيف نوفق بين تلك النتيجة وبين ماهو مستقر قانوناً وفقها وقضاء من إمكانية رجوع المتبوع على التابع بما دفعه للمضرور (٧٩) .

٢ - إذا سلمنا لأنصار النظرية بأن الخطأ الصادر من التابع كأنه صادر من المتبوع فإن معنى ذلك أنه يجوز للمتبوع فى هذه الحالة نفى الخطأ طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية حيث يعتبر الخطأ فى هذه الحالة خطأ شخصياً للمتبوع تبعاً لخطأ التابع وهو مالم يسلم به أنصار النظرية (٨٠) .

---

(٧٩) - Flour : These . op. cit . P. 52 .

(٨٠) - Savatier : op. cit . P. 792 .

٣ – وفضلاً عما تقدم فإن التابع يخضع بعلاقة تبعية كاملة للمتبوع ، فى حين أن تلك التبعية الكاملة لاتتوافر فى علاقة الأصيل بنائبه .

٤ – ثم كيف نوفق بين الإعتبارات التى يسوقها أنصار النظرية وبين المبادئ السائدة فى نطاق مسئولية المتبوع عن خطأ التابع ، إذ تتيح تلك المبادئ للمضرور الرجوع على التابع دون المتبوع فكيف يستقيم ذلك مع القول بأن الخطأ الصادر من التابع يعتبر وكأنه صادر من المتبوع مما يمكن معه القول بأن هذه النظرية بمثابة حيلة قانونية لا أساس لها فى الواقع (٨١) .

---

(٨١) د/. أحمد سلامة : نظرية الإلتزام – الكتاب الأول – مصادر الإلتزام – طبعة ١٩٧٥ ، ص ٣٢٥ .

المطلب الثانى

نظريـــــة الضمـــــان

٢٨ - مضمون النظرية :-

- يكاد يتجه معظم الفقهاء الى أن أساس مساءلة المتبوع عن خطأ التابع هو فكرة الضمان ، وقد وجدوا فيها تبريراً مناسباً يتحاشى معظم المآخذ التى قيل بها بصدد النظريات أو الأفكار السابقة .

- وتقوم فكرة الضمان على أساس أن للمتبوع سلطة الرقابة والتوجيه على التابع ، ومن هذا المنطلق فهو يضمن أخطاءه ، وبعبارة أخرى فهو كفيل متضامن ، وبهذه الصفة يسأل عن تعويض المضرور [٨٢] .

---

(٨٢) د/. السنهورى - السابق ص ، ١٤٧٣ ، د/. حسام الأهوانى - السابق ص ٦٢٠ ، د/. سليمان مرقس ، الوافى فى شرح القانون المدنى ص ٩٠٨ ، د/. اسماعيل غانم - السابق ص ٤٤٦ ، د/. عبد الناصر العطار - مصادر الإلتزام ص ٣٠٦ - ٣٠٧ ، د/. مصطفى الجمال - السابق ص ٤١٦ ، د/. جميل الشرقاوى - السابق - ص ٥٢٤ ، د/. أنور سلطان - مصادر الإلتزام فى القانون المدنى الأردنى - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى منشورات الجامعة الأردنية ، الطبعة الأولى عام ١٩٨٧ عمان ص ٣٧١ ، د/. محمد وحيد الدين سوار - السابق ص ١٤٨ ، د/. محمد الشيخ عمر - السابق ص ١٠٥ .

=======

– ويجب حتى يسأل المتبوع فى مواجهة المضرور أن يثبت الخطأ في جانب التابع حتى يمكن مساءلة المتبوع وتفسير ذلك أن التابع هو الذى يتحمل العبء النهائي لخطئه ، وذلك برجوع المتبوع عليه بما أداه للمضرور فوجب حتى يتسنى هذا الرجوع للمتبوع أن يكون التابع قد أرتكب خطأ ، أما إذا لم يمكن نسبة خطأ إليه فلا رجوع للمضرور على المتبوع لأنه إنما يعوض المضرور نتيجة خطأ التابع ، وهذا مايبرر رجوع المتبوع عليه [٨٣] .

– ويلاحظ أن فكرة الضمان – فى هذا المقام – تشبه فكرة الكفالة وإن كانت لاتتطابق معها على الوجه التام فلا يجوز للمتبوع

====

- Stark : Essai d'une theorie generale de la responsabilite civile consideree en sa double fanction de garantie et de peins prive m these , Paris , 1947 . P. 482 .
- Marty (G) et Raynoud (P) : droit civil , tome 11 , 2 ed , 1988 , N. 425 .
- Mazeaud et Tunc : op. cit . N. 939 .
- Flour : thése op. cit . P, 545 .
- Ripert : op.cit .N. 126 .
- Michel le galcher Baron : op. cit . P. 89
- Besson : Note : D . 1928 - 2 - 14 .

(٨٣) د/. حسام الأهوانى – السابق – ص ٦٢١ .

أن يتمسك فى مواجهة المضرور بالتجريد [٨٤] ، إلا أن ذلك لايمنع من القول بترتب خصائص الكفالة الأخرى ، فلا يجوز أن يكون التزام المتبوع أشد من التزام التابع ، فلو كانت مسئولية التابع جزئية كانت مسئولية المتبوع كذلك ، وإذا انقضى التزام التابع لأى سبب انقضى تبعاً له التزام المتبوع قبل المضرور ، وكذلك لو أن خطأ المضرور استغرق خطأ التابع بما يستتبع إعفاءه من المسئولية استفاد المتبوع من ذلك أيضاً[٨٥] .

– وليس معنى اعتبار المتبوع متضامناً مع التابع أنه مسئول معه بل العكس هو الصحيح ، إذ أن المتبوع مسئول عن التابع وليس معه بحسبان أن المسئولية هنا ليست شخصية بل هى مسئولية عن الغير[٨٦] .

– ورب معترض على تأسيس مساءلة المتبوع على فكرة الضمان خاصة وأن الكفالة هنا فرضت رغم إرادة الكفيل وهو مايتنافى مع المبادئ العامة في الكفالة ، إلا أنه يمكن الرد علي

(٨٤) المرجع السابق ، ص ٦٢٠ ، خاصة وأن الكفالة هنا تضامنية .
أنظر د/. عبد الحى حجازى – النظرية العامة للإلتزام ، طبعة عام ١٩٥٣ ص ٤٧٦ – ٤٧٧ .

(٨٥) د/. سهير منتصر – السابق ص ٣٧ .

(٨٦) د . / حسام الأهوانى – السابق – ص ٦٢١ .

ذلك بأن الضمان هنا مصدره القانون وليس الإرادة (٨٧) .

٢٩ - ولعل الأخذ بفكرة الضمان كأساس لمساءلة المتبوع يقدم لنا بعض الميزات التى لم تتح فى ظل الأخذ بالنظريات السابقة ، فالقول بضمان المتبوع لخطأ التابع يتفادى مسألة إعسار التابع إذ قد يفاجأ المضرور - وهذا مايحدث غالباً - بأن التابع معسر مما يعرض حقه فى جبر الضرر للضياع فأراد المشرع أن يقدم له مسئولاً موسراً وهو المتبوع ليضمن له جبر ماحل به من ضرر (٨٨) .

- ليس هذا فحسب بل إن المتبوع - فى ظل الأخذ بفكرة الضمان - لايستطيع التخلص من هذه المسئولية حتى لو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر إذ التزامه بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية (٨٩) .

- وكذلك فالأخذ بفكرة الضمان يوسع من نطاق مساءلة المتبوع ، إذ يكفى وقوع الخطأ من التابع حتى يسأل المتبوع ولو

---

(٨٧) د/. عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الإلتزام - طبعة ١٩٨٤ - بند ٥٠٤ .

(٨٨) د/. حسام الأهوانى - السابق ص ٦٢٠ .

- Besson : note : D . 1930 - 2 - 115 .

(٨٩) د/. السنهورى - السابق ص ١٤٧٣ ، د/. سليمان مرقس - السابق - ص ٩٠٩ .

كان غير مميز ، والسبب فى ذلك أن مسئولية المتبوع ليس مصدرها الإتفاق حتى نشترط التمييز ، وإنما مصدرها القانون على نحو ما رأينا[٩٠] .

– وتتيح فكرة الضمان أيضاً للمتبوع الرجوع على تابعه بما أداه من تعويض للمضرور لأن التابع هو المخطئ ، فلا بد أن تستقر المسئولية فى النهاية على كاهله لأن المتبوع لم يكن سوى وسيط لجبر ضرر الغير المضرور [٩١] .

٣٠ – وأمام هذه النتائج الجيدة التى أفرزها الأخذ بفكرة الضمان لم يكن أمام المحاكم سوى تأسيس رجوع المضرور على المتبوع علي تلك الفكرة فجاءت أحكام القضاء لترسى دعائم فكرة الضمان من ذلك ماقضى به من أن : « مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة وهى مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وهى تقوم على فكرة الضمان القانونى ، فالمتبوع يعتبر فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ، ومن ثم فإن للمتبوع الحق فى أن يرجع علي تابعه محدث

---

(٩٠) د./ عبد المنعم فرج الصدة – السابق نفس الموضع – ، د./ السنهورى – السابق نفس الموضع ، د./ أحمد سلامة – السابق ص ٣٢٥ .

(٩١) د./ مصطفى الجمال – السابق ص ٤١٦ .
- Flour - these . op. cit . P. 50 .

الضرر بما يفى به من التعويض للمضرور ، كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذى كفله لأنه مسئول عنه وليس مسئولاً معه » (٩٢) .

٣١ - نقد النظرية :-

- تعرضت نظرية الضمان لعدة إنتقادات : -

١ - تقدم فكرة الضمان وصفاً لأحكام مسئولية المتبوع دون أن تفسر لنا لماذا يتحمل المتبوع عبء الرجوع عليه من قبل المضرور (٩٣) ، مما يثير التساؤل عن مصدر هذا الضمان وهل هو مجرد افتراض لايرتكن الى أساس واقعى ، فإن كان كذلك فلا تصلح الفكرة كأساس يبرر رجوع المضرور على المتبوع نتيجة خطأ تابعه (٩٤) .

---

(٩٢) نقض مدنى : ٢٢ / ٢ / ١٩٦٨ - مجموعة أحكام النقض ، السنة ١٩ ق رقم ٥١ ص ٣٢٧ . وفى نفس المعنى نقض مدنى ١٤ / ١ / ١٩٨٢ - الطعن رقم ٦٧٨ لسنة ٤١ ق ، نقض مدنى ١٣ / ٥ / ١٩٧٨ . الموسوعة الذهبية ، جـ ٤ فقرة ٩٧٣ ، نقض مدنى ٩ / ٥ / ١٩٩٠ - الطعن رقم ٣٥٨٧ لسنة ٥٨ ق.

- وفى نفس المعنى :

- Trib Paris : 20 - 10 - 1934 . D . 1934 - 529 .

(٩٣) د./ حسام الأهوانى - السابق - ص ٦٢١ .

(٩٤) - Demogue : op. cit . N. 959 .

٢ - القول بأن فكرة الضمان تمكن المضرور من تفادى إعسار التابع قول لايصدق في كثير من الأحيان إذ قد نفاجأ بأن التابع موسر كما إذا كان من ذوى المناصب العليا صاحبة الدخول الضخمة مما يجعل فكرة الضمان من قبيل اللغو .

٣ - الكفالة فى الأصل نظام تقرر لمصلحة المدين أكثر من مصلحة الدائن والأخذ بها فى مجال مساءلة المتبوع يقلب الأمور رأساً على عقب ، فالكفالة تقررت لمصلحة المضرور وهو الدائن (٩٥) .

٣٢ - رأينا الخاص فى المسألة :-

بعد استقراء النظريات السابقة نرى أن نظرية الضمان هى الأساس المناسب لرجوع المضرور علي المتبوع لجبر الضرر الواقع عليه بخطأ تابعه خاصة وأن النظريات السابقة استهدفت للنقد الشديد الذى لاتصلح بعده أى منها لتبرير رجوع الضرور على المتبوع ، فى حين أن النقد الذى وجه لنظرية الضمان لم يكن جوهرياً ، ولذلك بقيت النظرية وتقبلها الفقه والقضاء وما زالت هى السند الذي ترتكن اليه المحاكم فى أقضيتها المختلفة والتى يكون موضوعها رجوع المضرور على المتبوع نتيجة خطأ التابع .

- إضافة لذلك فإن من محاسن فكرة التضامن أنها تحول

---

(٩٥) - Mazeaud : op. cit . N . 935 .

بين المتبوع وبين التنصل من المسئولية وذلك لأنها ليست مسئولية خطئية ترتفع بنفى الخطأ وإنما هى مسئولية موضوعية تقوم لمجرد توافر شرطها وهو حدوث خطأ من التابع يسبب ضرراً للغير وثمة ميزة أخرى نلمسها في فكرة التضامن - ولم تتحها النظريات الأخرى - نقصد بذلك أنها تسمح للمتبوع الرجوع على تابعه بما أداه للمضرور من تعويض .

- وليس معنى ماتقدم أن فكرة الضمان تعد التبرير المناسب على وجه الإطلاق ، بل على العكس فإن الفكرة شأنها فى ذلك شأن سائر الأفكار القانونية - لاتخلو من المآخذ ، إلا أنها تعد من المآخذ البسيطة التى لاتنال من جوهرها بدرجة كبيرة ، وبذلك تعد أفضل من باقى النظريات الأخرى فى هذا المجال .

الفصل الثانى

أساس مساءلة المتبوع عن خطأ التابع

في الفقه الإسلامى

٣٣ - تمهيد وتقسيم : -

- الأصل السائد فى نطاق المسئولية فى الفقه الإسلامى هو مبدأ شخصية العقوبة ، فكل انسان مسئول عما جنت يداه ، لقوله تعالى : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » (٩٦) . وقوله تعالى : « كل نفس بما كسبت رهينة » (٩٧). وقوله تعالى : « لايكلف الله نفساً إلا وسعها لها ماكسبت وعليها ما أكتسبت » (٩٨) .

- والمعنى المستفاد من الآيات السابقة أن كل إنسان يسأل عن أفعاله وأخطائه ولا يسأل عن أخطاء أو أفعال غيره ، سواء فى مجال الجرائم الجنائية أم فى مجال المسئولية المدنية فمن أتلف مالاً مملوكاً لغيره ضمن هو هذا الإتلاف من ماله الخاص .

---

(٩٦) سورة الإسراء ، آية (١٥) .
(٩٧) سورة المدثر ، آية (٣٨) .
(٩٨) سورة البقرة ، آية (٢٨٦) .

- وإذا كان مبدأ المسئولية الفردية مسلماً به فى نطاق الفقه الإسـلامى إلا أنه كـذلك مـحل تسليم فى القـوانين الوضـعـيـة واستصحاباً لمبدأ أن لكل قاعدة استثناءات ترد عليها ، فقد عرف الفقه الإسلامى مبدأ تحميل الغير نتائج خطأ غيره على سبيل الضمـان وبعبـارة أخرى فـقـد تعرض فـقـهـاء المسلمين لقـاعـدة امساءلة كما عرفها القانون الوضعى إلا أن فقهاء المسلمين لقاعدة المساءلة عن فعل الغير لم يضعوا نظرية عامة في هذا المجال إذ لم يعرف هذا الفقه التبويب الشكلى كما عرفه فقهاء القانون ، وإنما نظمت هذه المسألة كحلول عملية لما كان يعرض من مشاكل - كمـا فى تحميل العاقلة دية القتيل الذي قتل بيد أحد أفراد تلك العاقلة وتحميل أهل المصر دية القتيل بعد إجراء يمين القسامة وضمان التعدى على أموال الغير إذا لم يكن لدي المتعدى الأموال التى تكفى لتعويض المضرور وهكذا .

- وأساس المساءلة عن فعل الغير هو الضمان .

- فما هو تعريف الضمـان ومامدى مشروعيته . ثم ماهى موجبات الضمان وماهى موانعه .

- وفى سـبـيل الإجابة عن التسـاؤلات السـابقـة نقسم هذا الفصل الى مبحثين على النحو التالى : -

المبحث الأول : تعريف الضمان وجوازه .

المبحث الثانى : أحكـــام الضمــــــان .

المبحث الأول

تعريف الضمان وجوازه

٣٤ - اولا - تعريف الضمان :-

١ - التعريف اللغوى :-

- ورد الضمان فى اللغة العربية بمعنيين ذكرهما صاحب لسان العرب فى معجمه في مادة (ضمن) .

- المعنى الأول بمعنى الكفالة فالضمين هو الكفيل وضمن الشئ أى كفله وضمنه إياه (بتشديد الميم) أى كفله (بتشديد الفاء) .

- أما المعنى الثانى فيكون فيه الضمان بمعنى الغرامة ذكر ذلك صاحب اللسان بقوله وضمنته الشئ تضمنياً فتضمنه عنى بمعنى غرمته (٩٩) .

٢ - التعريف الإصطلاحى :-

- تعددت تعريفات الفقهاء للضمان من ذلك أن الضمان هو : « رد مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً » (١٠٠) .

---

(٩٩) لسان العرب - السابق - مادة ضمن ص ٢٦١٠ .

(١٠٠) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموى ، الجزء الثانى ص ٢١٠ .

– ولقد عرفه صاحب نيل الأوطار بأنه « غرامة التالف – [١٠١] وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه : « إعطاء مثل الشئ إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات » [١٠٢] .

– وعرفه بعضهم بأنه : « ضم ذمة الضامن الي ذمة المضمون عنه فى التزام الحق فيثبت فى ذمتهما جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما » [١٠٣] .

٣ - التعريف المختار :-

– لاحظنا أن تعريف الضمان سواء فى النطاق اللغوى أو النطاق الإصطلاحى يثير معنيين أحدهما بمعنى الكفالة والآخر بمعنى الغرامة ولعل المعنى الأخير هو الذى نقصده فى هذا المقام .

– فالضمان يعنى تغريم المتعدى بقدر ما أتلف تعويضاً للمعتدى عليه ، أما معنى الكفالة فهو ليس مقصوداً للدلالة على المراد وإن كان يمثل أحد وجهى الضمان وتفصيل ذلك أن الأصل هو إلزام المتعدى بضمان خطئه وذلك بتعويض المعتدى عليه من ماله الخاص فإن لم يتيسر ذلك لعسر ألم به فلم يجد لديه من المال

---

(١٠١) نيل الأوطار للشوكانى – السابق – جـ ٦ ص ٣٢٦ .
(١٠٢) المادة : ٤١٥ من المجلة .
(١٠٣) المغنى لإبن قدامه ، جـ ٥ ص ٢٣٥ .

مايعوض به الطرف الآخر صح أن يقوم غيره بذلك ، ويوصف هذا الغير حينئذ بالضامن أى الكفيل .

٣٥ - ثانياً - مدى جواز الضمان :-

- الضمان جائز ومشروع ، وعلي ذلك الأدلة من الكتاب والسنة .

١ - الأدلة من الكتاب :-

أ - قول الله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم. » (١٠٤) .

- ووجه الدلالة من الآية الكريمة هى جواز رد العدوان سواء بالمباشرة إن أمكن إما بواسطة الحكام ، فمن اعتدى على ماله كان له الحق فى اقتضاء مثله من المعتدى ولا يعدل عن المثل الى القيمة إلا عند عدم المثل (١٠٥) .

ب - قال تعالى : « ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم .» (١٠٦) .

---

(١٠٤) البقرة ، أية رقم (١٩٤) .

(١٠٥) تفسير القرطبى - جـ ١ ص ٨٤٠ طبعة دار الغد العربى .

(١٠٦) سورة يوسف ، أية رقم (٧٢) .

– ووجه الدلالة من الآية واضح فى جواز الضمان لأن من معانى « زعيم » كفيل والضمين (١٠٧) والمعني أن من جاء بصواع الملك فله مكافأة قدرها حمل بعير وهو يضمن له ذلك .

جـ – قوله تعالى : « وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به . (١٠٨) .

– ولقد نزلت هذه الآية في مقتل حمزة – رضى الله عنه – لما هم الرسول ﷺ بأن يقتص له بسبعين رجلاً من المشركين وأن يمثل بهم فنزلت تلك الآية لتضع المبدأ العام فى القصاص ورد الإعتداء وهو ضرورة التماثل ، فمن أتلف قدراً من المال يغرم من ماله بقدر ما أتلف لايزيد ولا ينقص وحتى فى القصاص يجب التماثل حتى فى وسيلة القصاص فمن قتل بحديدة يقتل بمثلها ومن قتل بحجر يقتل بمثله ولا ينساق وراء ثورة غضبة (١٠٩) .

---

(١٠٧) من بين معانى « زعيم » رئيس ، إلا أن المعنى الذى يساير المنطوق الذي نحن بصدده هو الكفالة والضمان .. تفسير القرطبى جـ ٥ ص ٣٥٦٦ – تفسير سورة « يوسف » .

(١٠٨) سورة النحل ، اية رقم (١٢٦) .

(١٠٩) تفسير القرطبى – جـ ٥ ص ٣٩٢٨ ، تفسير سورة « النحل » .
– وسبب نزول هذه الآية الكريمة أن المشركين لما ظفروا بسيدنا حمزة – رضي الله عنه قتلوه ومثلوا به ، فلما انصرف المشركون عن قتلي أحد

======

د - وقوله عز وجل : « وجزاء سيئة سيئة مثلها ، فمن عفا وأصلح فأجره علي الله إنه لايحب الظالمين » (١١٠) .

- ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله تعالى قسم المؤمنين صنفين .. الأول : وهو الذي يعفو عن الظالم ، والثانى : ينتصر ممن ظلمه فإن كانت الثانية فقد بين سبحانه وتعالى حد الإنتصار بأن يكون برد الإعتداء بمثله من غير تعدى ولا جور ، فمثلاً لو كان موضع القصاص الجرح كان للمجروح أن ينتقم من

انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأى منظراً ساءه إذ رأى حمزة قد شق بطنه واصطلم أنفه وجدعت أذناه فقال : « لولا أن يحزن النساء أو تكون سنة بعدى لتركته حتي يبعثه الله من بطون السباع والطير لأمثلن مكانه بسبعين رجلاً ثم دعا ببردة وغطى بها وجهه فخرجت رجلاه فغطى رسول الله صلي الله عليه وسلم وجهه وجعل علي رجليه من الإذخر ثم قدمه فكبر عليه عشراً ثم جعل يجاء بالرجل فيوضع وحمزة مكانه حتى صلي عليه سبعين صلاة وكان القتلى سبعين » . تفسير القرطبى - السابق - ص : ٣٩٢٨ - ٣٩٢٩ .

- والإنخر : حشيش طيب الريح واحدتها : إذخرة وهى شجرة صغيرة لها ثمرة وهو يطحن فيدخل فى الطيب وهى تنبت فى السهول ، وقلما تنبت الإذخرة منفردة . وكان العرب يضعون الإنخرة فى سقف البيوت لطيب رائحتها .

- لسان العرب - مادة « ذخر » ، جـ ٣ ص ١٤٩٠ .

(١١٠) سورة الشورى ، اية رقم : (٤٠) .

الجــارح بالقــصــاص لجــرحـــه دون أن يزيد علي ذلك بالسب والشتم (١١١) .

٢ - الادلــة مــن السنـــة :-

أ - عن أنس قـال : « أهدت بعض أزواج النبى ﷺ إليه طعاماً فى قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت مافيها فقال النبى ﷺ طعام بطعام وإناء بإناء (١١٢) .

- والحديث يشعر بوجوب الضمان علي من أتلف وأن يكون مثلاً بمثل إلا إذا لم يمكن إعطاء المثل فتكون القيمة .

ب - قوله ﷺ : « الزعيم غارم » أى أن الكفيل يغرم بضمانه (١١٣) .

جـ - عن جابر قال : « توفى صاحب لنا فأتينا به النبى ﷺ ليصلى عليه فخطا خطوة ثم قال : « أعليه دين » ، قلنا : ديناران فانصرف فتحملهما أبو قتادة فقال : الديناران علىَّ فقال رسول الله ﷺ : « وجب حق الغريم وبرئ الميت منهما . » قال

---

(١١١) تفسير القرطبى ، جـ ٩ : تفسير سورة الشورى ، ص ٦٠٨٣ .

(١١٢) نيل الأوطار للشوكانى - جـ ٦ ص ٧٠ « باب ماجاء فى ضمان المتلف بجنسه » .

(١١٣) مشار اليه فى المغنى لإبن قدامه جـ ٥ ص ٢٣٥ .

: نعم فصلى عليه ، ثم قال بعد ذلك : « مافعل الديناران .» قال : إنما مات أمس قال فعاد اليه من الغد فقال قد قضيتهما : فقال رسول الله ﷺ : « الآن بردت جلدته .» (١١٤) .

---

(١١٤) مشار اليه - المرجع السابق - ص ٢٣٧ .

المبحث الثانى

أحكـــــام الضمـــــــان

٣٦ - تمهيد وتقسيم :-

- حتى يمكن القول بوجوب الضمان لابد من توافر عدة مفترضات وهى ما أصطلحنا على تسميته بموجبات الضمان أو شروطه إلا أن توافر تلك الموجبات لايكفى للقول بوجوب الضمان بل يلزم فوق ذلك إرتفاع موانع الضمان .

- فإذا ماتحققت موجبات الضمان وأرتفعت موانعه وجب الضمان فالمبدأ العام الذى يحكم الضمان هو مبدأ المسئولية الفردية أى أن كل إنسان مسئول شخصياً فى ماله عما أتلف وتعدى إلا أنه يرد علي هذا المبدأ استثناء هام وهو جواز المساءلة عن خطأ الغير فما هى حدود هذا الإستثناء ونطاقه .

- *تلك مسائل أربعة نتولى كلا منها فى مطلب مستقل علي النحو التالى : -*

المطلب الأول : موجبات الضمان .

المطلب الثانى : موانع الضمان .

المطلب الثالث : المبدأ العام فى الضمان .

المطلب الرابع : الإستثناءات الواردة على المبدأ العام .

المطلب الأول

موجبـــات الضمـــان

٣٧ - حتى ينشأ الحق فى الضمان لابد من توافر الشروط الآتية : -

٣٨ - أولا - أن يكون محل التعدى مالاً متقوماً : -

- فإذا إرتفعت المالية عن الشئ فلا ضمان على إتلافه .

- وعلي ذلك لا ضمان علي إتلاف الميتة والدم المسفوح وكل شئ يصح أن يكون مالاً إلا أن كمية المعتدى عليه كانت بخسة لايباح الإنتفاع بها كبعض حبات القمح (١١٥).

- ولا يكفى أن تثبت المالية للشئ بل يجب فوق ذلك أن يكون المال متقوماً أى له قيمة ولا يقصد بذلك القيمة بين الناس بل يكون متقوماً إذا أبيح به الإنتفاع شرعاً وغير المتقوم ملا يباح به الإنتفاع شرعاً(١١٦) .

- فالمال المتقوم ماحيز بالفعل وجاز الإنتفاع به شرعاً حال

---

(١١٥) بدائع الصنائع للكاسانى ،جـ ٧ ص ١٦٧ .
(١١٦) مجلة الأحكام العدلية - المادة ١٢٧ .

السعة والإختيار ، فإذا تعدى عليه آخر وأتلفه ضمنه كالمنازل والسيارات وما يملكه الإنسان من بهائم وكتب وطعام .... الخ .

– أما المال غير المتقوم فيشمل المال المباح والجائز الإنتفاع به قبل حيازته كالسمك فى الماء والطير فى الهواء وحيوانات الصحراء . ويشمل كذلك ماكان مملوكاً فعلاً لكنه لاينتفع به شرعاً كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم (١١٧) ، وهذا النوع لاضمان فى إتلافه .

– ولقد أثير التساؤل حول مدى ضمان التعدى على الخمر والخنزير ، وكذلك الالات الموسيقية ؟ ..

– اختلف الفقهاء حول الإجابة على التساؤلين السابقين ، وفي ذلك تفصيل نبينه .

١ – بالنسبة للتعدى علي الخمر والخنزير ، فقد انتهينا الى أنهما مال غير متقوم فى حق المسلم ، فإذا ما أتلف مسلم لمسلم خمراً أو خنزيراً فهل يضمن ثم ماهو الحل لو أتلف مسلم لذمى شيئاً من هذا أو أتلف ذمى لذمى خمراً أو خنزيراً؟ .

أ – يرى المالكية والأحناف بتضمين المسلم إذا تعدى علي خمر الذمى أو خنزيره لأنهما مال متقوم فى حقه ويكون الضمان

---

(١١٧) رد المحتار علي الدر المختار – شرح تنوير الأبصار – المعروف بحاشية ابن عابدين – السابق – جـ ٤ ص ١٢٠ .

أ - أن الدية غالباً ماتكون مبلغاً كبيراً يعجز عن تدبيره القاتل فيكون فى تحمل العاقلة لتلك الدية - والقاتل معها - فيه نوع من المواساة لهذا الجانى والتخفيف عنه . وبذلك نتحاشى عدم حصول - أهل القتيل للتعويض الكافى إذا كان الجانى فقيراً .

ب - غالباً مايقدم الجانى على الخطأ بإهمال ورعونة إذا تأكد أن وراءه من ينصره ويتحمل عنه نتائج هذا الخطأ ولولا ذلك لتروى فى تصرفاته وتبدبر أمره ببصيرة ووعى تام - وإقدامه على الخطأ بهذا الوضع ينعت مسلك العاقلة تجاهه بالتقصير والإهمال إذا كان واجبا عليها أن تضبط سلوكه وتوجهه الوجهة الحسنة .

جـ - يعد تحميل العاقلة دية القاتل مظهراً من مظاهر التماسك فى الأسرة الواحدة ومشاركة أفرادها لواحد منهم فى السراء والضراء (١٤٤) .

٣ - متى تحمل العاقلة دية القاتل :-

- لقد أثير تساؤل علي جانب كبير من الأهمية مضمونه هل تتحمل العاقلة الدية من البداية أم أنها تجب على القاتل أولا ؟ .

---

(١٤٤) د./ وهبه الزحيلي - الفقه الإسلامى وأدلته - جـ ٦ ، طبعة دار الفكر ، ص ٣٢٥ - ٣٢٦ .

– ذهب الأحناف والمالكية والشافعية [(١٤٥)] إلى أن القاتل هو المسئول الأول ، ولذا تجب عليه الدية ، فإذا لم يقدر على ادائها تحملتها عنه العاقلة ويتحمل الجانى معها جزءاً من هذه الدية ، فإذا لم يكن له عاقلة تحملها وحده .

– بينما يرى الحنابلة أن الدية تجب علي العاقلة منذ بداية الأمر ولايتحمل الجانى جزءاً منها ، فإن لم توجد العاقلة أو عجزت عن آدائها وجبت – إن كان الجانى مسلماً – فى بيت المال [(١٤٦)] .

٤٧ - ثانيا - مسئولية المكره : -

– يكون المكره (بكسر الراء) مسئولاً عن فعل من أكرهه إذا كان الإكراه قد توافرت فيه شروطه وكان بدون حق [(١٤٧)] .

---

(١٤٥) بدائع الصنائع – السابق ، جـ ٧ ص ٢٥٥ ، مغنى المحتاج الي معرفة ألفاظ المنهاج لمحمد الشربينى الخطيب – مطبعة مصطفى البابى الحلبى – جـ ٤ ص ٩٥ ، رد المحتار على الدر المختار – السابق ، جـ ٥ ص ٤٠٠ .

(١٤٦) المغنى لإبن قدامه – السابق – ، جـ ٧ ، ص ٧٧١ .

(١٤٧) د./ سيد أمين – المسئولية التقصيرية عن فعل الغير فى الفقه الإسلامى المقارن ص ١٦٣ .

٣٩ - ثانيا - صلاحية المال للضمان : -

- يجب أن يكون المال محل الإعتداء صالحاً للضمان محلاً للحماية فإن لم يكن كذلك فلا ضمان على إتلافه .

- مثال ذلك : أن يوجد منزل صدر قرار بهدمه فيتسبب شخص بالفعل فى تهدمه نتيجة إحتكاك سيارته به مثلاً فلا ضمان عليه [(١٢٣)] .

٤٠ - ثالثاً : أهلية المتلف للضمان : -

- والقصد من ذلك أن فعل الحيوانات وإتلافها لاضمان فيه إلا إذا تسبب مالك الحيوان فى ذلك بخطئه كعدم وضع الدابة فى عقالها مما جعلها تهيم فى الطرقات وتتلف مافى طريقها [(١٢٤)] .

---

(١٢٣) نهاية المحتاج - السابق - جـ ٨ ص ٣٨ .

(١٢٤) بدائع الصنائع - السابق ، جـ ٧ ص ١٦٨ .

المطلب الثانى

موانـــع الضمـــــان

٤١ – قد يقع التعدى ، ومع ذلك لايضمن المتعدى ما أتلف لتوافر سبب من الأسباب المانعة من الضمان . وهذا ماعبرت عنه مجلة الأحكام العدلية من أن : « الجواز الشرعى ينافى الضمان » (١٢٥) .

– ويمكن حصر هذه الأسباب فى الآتى : –

١ – **ما يأذن به ولى الأمر فإن وقع الإتلاف في نطاق الإذن فلا ضمان على المتعدى** ولكن يلاحظ أن الذى يمنع الضمان إذن الحاكم نفسه فلو أن الشخص أخذ إذناً من عامة الناس ثم وقع الإتلاف فلا يشفع له مثل هذا الإذن فلو بنى شخص قنطرة على نهر عام ثم هلكت دابة بالقنطرة ضمنها المتعدى (١٢٦) .

– وعلي العكس من ذلك لو أذن الحاكم بحفر بئر فى الطريق الواسع أو أقر حفرها بعد ما حفرت ثم سقطت فيها دابة وهلكت فلا ضمان على أحد (١٢٧) .

---

(١٢٥) المادة (٩١) .

(١٢٦) مجمع الضمانات علي مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة ، ص ١٧٩ .

(١٢٧) البحر الزخار لإبن المرتضى ، جـ ٥ ، ص ٢٤٣ .

٢ - إذا كان الشخص يستعمل حقا له مشروعا ولم يتجاوز نطاق هذا الحق ولم يتعسف فى إستعماله ومع ذلك وقع التلف فلا يضمن كمن يحفر فى ملكه بئرا فيقع فيها حيوان مملوك لغيره ويهلك فلا يضمن صاحب البئر(١٢٨) .

٣ - إذا كان الإنسان فى موقف دفاع عن نفسه ضد حيوان هائج ويخشى منه لو ترك بلا مقاومة أن يؤذى هذا الإنسان فله دفعه حتى لو أدى ذلك إلى قتله وإذا كان الفقهاء قد أتفقو على دفع الحيوان الصائل إلا أنهم أختلفو فى مدى جواز ضمانه إذا وصل الأمر حد قتل هذا الحيوان فبينما يرى الأحناف (١٢٩) بوجوب الضمان لأن ماتلف يعد مالا مملوكا للغير وقد تلف دون إذن صاحبه إلا أن المالكية والشافعية والحنابلة(١٣٠) ، يرون عكس ماذهب اليه الأحناف ويرون عدم جواز الضمان فى هذه الحالة لأنه حيوان جاز إتلافه دفعاً لشره ولأنه كان يجب على صاحبه ذلك .

---

(١٢٨) مجلة الأحكام العدلية ، المادة (٩١) .

(١٢٩) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى ، مطبعة الإستقامة بمصر ، جـ ٢ ص ٣١٩ ، المغنى لإبن قدامه ، جـ ١٠ ص ٣١٥ .

(١٣٠) حاشية الدسوقى - السابق ، جـ ٤ ص ٣٥٧ ، بداية المجتهد - السابق نفس الموضع - المغنى لإبن قدامه ، جـ ١ ص ٣٥٠ ، البحر الزخار - السابق ، جـ ٥ ص ٢٦٨ .

المطلب الثالث

المبدأ العام فى الضمان

٤٢ - المبدأ العام أو القاعدة السائدة فى الفقه الإسلامى هى مسئولية كل فرد عن نتائج أفعاله فلا يجوز - بحسب الأصل - أن يتحمل الشخص خطأ غيره .

- وعلي هذا لو أتلف الشخص مال غيره التزم المتلف بضمان ما أتلفه من ماله الخاص ولايجوز تحميل غيره نتائج هذا الإتلاف (١٣١) .

- ولقد ثبتت هذه القاعدة بكل من الكتاب والسنة .

٤٣ - أولا - الأدلة من القرآن الكريم : -

١ - قوله تعالى : « لها ماكسبت وعليها ما أكتسبت » (١٣٢) .

- وقوله تعالى : « ولا تكسب كل نفس الإ عليها » (١٣٣) .

---

(١٣١) مجلة الأحكام العدلية - المادة (١٤) .

(١٣٢) سورة البقرة ، أية رقم (٢٨٦) .

(١٣٣) سورة الأنعام ، أية رقم (١٦٤) .

- وقوله تعالى : « كل نفس بما كسبت رهينة » [١٣٤] .

- وتدل الآيات السابقة بعبارتها أن الإنسان يسأل عن الأضرار التى يسببها لغيره ولا يضمنها غيره .

- والقول بغير ذلك وبتحميل الإنسان جريرة غيره ، فيه أكل لأموال الناس بالباطل وهو ممنوع لقوله تعالى : « لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض .» [١٣٥] .

٢ - قوله تعالى فى سورة يوسف : « قالوا : يا أيها العزيز إن له أباً شيحاً كبيراً فخذ أحدنا مكانه إنا نراك من المحسنين قال : معاذ الله أن نأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده إنا إذاً لظالمون » [١٣٦] .

- ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن إخوة يوسف أرادوا أن يستبدلوا أخاهم بنيامين بغيره لأنه هو الذى وجد صواع الملك عنده فالتزم بالضمان فإراد إخوته تحميل الضمان علي غيره فرفض العزيز ذلك بما يؤكد عدم جواز تحميل الشخص بنتائج خطأ غيره [١٣٧] .

---

(١٣٤) سورة المدثر : آية رقم (٣٨) .

(١٣٥) سورة النساء : آية رقم (٢٩) .

(١٣٦) سورة يوسف : آية ٧٨ ، ٧٩ .

(١٣٧) تفسير القرطبى - السابق ، جـ ٥ ، ص ٣٥٧٤ - تفسير سورة يوسف .

٤٤ - ثانيا - الأدلة من السنة : -

١ - عن ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ : « لايؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه .» (١٣٨) .

٢ - وعن رجل من بني يربوع قال : أتينا رسول الله ﷺ وهو يكلم الناس فقام اليه الناس فقالوا : يارسول الله هؤلاء بنو فلان الذين قتلوا فلانا فقال رسول الله ﷺ : « لاتجنى نفس على نفس » . (١٣٩) .

٣ - قال ﷺ : « لايجنى جان إلا علي نفسه » (١٤٠) .

- ووجه الدلالة من الأحاديث السابقة أن كل إنسان مسئول عن خطئه ويتحمل هو مغارمه ولا يجوز أن يحمل غيره نتائج هذا الخطأ .

---

(١٣٨) سنن أبى داود - السابق ، حديث رقم ٤٢٠٦ ، النسائي - السابق ، جـ ٣ ص ١٨٥ ، الترمذى - السابق جـ ٢ ص ١٩٩ .

(١٣٩) أخرجه الإمام أحمد فى مسنده جـ ٣ ص ٦٤ ، ٦٥ .

(١٤٠) الترمذى - السابق ، جـ ٢ ص ٢٤ ، مسند الإمام أحمد - السابق جـ ٣ ص ٣٩٩ .

المطلب الرابع

الإستثناءات الواردة علي المبدأ العام

٤٥ - تمهيـــــد :-

- إذا كـان المبـدأ العـام فـى الفـقـه الإسلامى مـسئوليـة الشـخص عن أفعـاله دون أن يتحـمل غـيره نتائج تلك الأفعال إلا أن هناك عدة استثناءات استقر الفقه الإسلامى على الأخذ بها وفيها يضمن الشخص تعدى غيره وهذه الإستثناءات منها تحميل عاقلة الجانى دية المجنى عليه ومسئولية المكره (بكسر الراء) عما يحدثه المكره (بفتح الراء) ومسئولية رب المال عما يحدثه أجيره من تلف فى مال الغير ، وأخيراً مساءلة الصانع عن إتلاف تلميذه . ونتولى بياناً تفصيلياً لتلك الحالات .

٤٦ - أولا - وجوب الدية على العاقلة :-

- يثـور التسـاؤل عن المقصـود بالعـاقلة وماهى الحكمة من تحملها دية الجانى ومتى تتحمل ذلك .

١ - المقصود بالعاقلة :-

- اختلف الفقهاء فى تحديد العاقلة علي قولـين : -

---

(١٤١) رد المحتار على الدر المختار - السابق ، جـ ٥ ص ٤٥٣ ، بدائع الصنائع ، جـ ٧ ص ٢٥٥ ، تبيين الحقائق للزيلعى - جـ ٧ ص ١٧٧ .

- الأول :-

- ويمثل الأحناف هذا الرأى ، وقد ذهبوا الى أن العاقلة هم رجال الجيش أو الجنود المدونة أسماؤهم فى الديوان أى السجلات المعدة لتدوين أسماء الجند وذلك إذا كان الجانى من أهل الديوان .

- فإذا لم يكن الجانى من أهل الديوان فعاقلته هم قبيلته وأقاربه . ويخرج من مفهوم العاقلة هذا آباء القاتل وأبناؤه والأزواج والنساء والصبيان والمجانين لأن تحمل العاقلة تبرع بالإعانة وهؤلاء ليسوا من أهل التبرع (١٤٢) .

- الثانى : -

- ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن العاقلة هم أقارب الجانى من قبل الأب كالإخوة الأشقاء أو الأب والأعمام (١٤٣) .

٢ - *الحكمة من تحميل العاقلة دية القاتل* :-

- يعد تحميل العاقلة دية القاتل استثناء من المبدأ العام ، فالمفروض أن كل إنسان يتحمل نتائج خطئه إلا أن العاقلة تتحمل نتيجة هذا الخطأ ***لعدة أسباب منها*** : -

---

(١٤٢) رد المحتار علي الدر المختار - السابق ، جـ ٥ ص ٤٥٤ .

(١٤٣) حاشية الدسوقي - السابق ، جـ ٤ ص ٢٨٢ ، بداية المجتهد - السابق جـ ٢ ص ٤٠٥ .

بالقيمة وليس المثل لأنه لايجوز للمسلم أن يتملك شيئاً من هذا حتى يعوض بمثله .

- ودليلهم على ماذهبوا اليه أن الخمر والخنزير مال متقوم فى حق الذمى وعلى المسلم يقع ضمان مايتلفه من هذه الأشياء بناء على عقد الذمة (١١٨)

.ب - بينما يذهب الحنابلة والشافعية والظاهرية (١١٩) الي عدم وجوب الضمان على المسلم إذا أتلف الخمر والخنزير سواء كان مالكها مسلماً أم ذمياً وسواء كان المتلف مسلماً أم ذمياً لأنهما مال غير متقوم سواء فى حق المسلم أو الذمى .

- ودليلهم علي ذلك ماروى عن النبى ﷺ أنه قال : « إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ». .

---

(١١٨) بدائع الصنائع ، جـ ٧ ص ١٤٧ - ١٤٨ ، رد المحتار علي الدر المختار - السابق ، جـ ٤ ص ٢٩٨ - حاشية الدسوقى علي الشرح الكبير لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقى - مطبعة دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابى الحلبى ، جـ ٣ ص ٤٤٧ .

(١١٩) المغنى لإبن قدامه ، جـ ٥ ص ٤٤٣ ، المحلى لإبن حزم ، جـ ٨ ص ١٤٧ ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى عام ١٩٣٨ م ، جـ ٥ ص ١٦٥ .

فالعبارة عامة فى التحريم فيستوي فى ذلك المسلم والذمى وماكان شأنه الحرمه فلا يضمن عند إتلافه .

جـ - ذهب بعض الأباضية الي التفرقة بين أمرين :
الأول : إذا كان الذمى يبيع الخمر للمسلمين فأراقها مسلم أو غيره فلا ضمان على المتلف الثانى : إذا لم يكن يظهرها للبيع - فيضمن من أراقها ويغرم بقدر قيمتها [١٢٠] .

- ولاشك أن ماذهب اليه المذهب الأول أولى بالإتباع لأنه لو أجيز للذمى ترك الإسلام حيث لا إكراه فى الدين فمن باب أولى له الإنتفاع ببعض الأشياء التى حرمها الإسلام لأنها أقل خطراً وشأناً من ترك الإسلام نفسه . وعلى هذا سار السلف الصالح .

٢ - بالنسبة للتعدى علي الآلات الموسيقية واتلافها فقد ذهب الاحناف الي تضمين المتعدي لثبوت ماليتها وجواز حيازتها [١٢١] بينما يذهب الشافعية إلى العكس من ذلك وهو عدم تضمين المتعدى على الآلات الموسيقية إلا إذا كانت الالة غير محرمة كالدف فإنه يجب التضمين عند إتلافها وإلى ذلك ذهب المالكية [١٢٢] .

---

(١٢٠) شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش - المطبعة السلفية بالقاهرة ، طبعة عام ١٣٤٣ هـ ، جـ ٧ ص ٥٧ .

(١٢١) بدائع الصنائع ، جـ ٧ ص ١٦٧ .

(١٢٢) نهاية المحتاج - السابق ، جـ ٥ ص ١٦٦ ، حاشية الدسوقى - السابق - جـ ٤ ص ٣٣٦ .

ولقد جاء فى حاشية المقنع : « لو أكره على تلاف مال الغير فقيل : يضمنه مكرهه وهو الصحيح من المذهب .» (١٤٨) .

– ولقد جاء فى مجلة الأحكام الشرعية أن من : « أكره على إتلاف مال يضمن مثله فأتلفه فالضمان علي المكره لا علي المتلف حتى ولو أكره على إتلاف مال نفسه » (١٤٩).

٤٨ - ثالثاً - المسئولية عن فعل الأجير : -

– يتحمل المستأجر نتيجة أفعال أجيره

وتفصيل ذلك أنه لو أستأجر إنسان أجير لحفر بئر إلا أن الأجير حفرها فى ملك غيره بغير إذنه فإننا نفرق بين أمرين : **الأول** : لو كان الأجير يعلم أن فعله يعد تعدياً علي ملك غير من استأجره تحمل هو نتيجة عمله ويكون الضمان عليه وحده لأنه تعدى بالحفر كما لو أمره بالقتل فقتل . **والثانى** إذا لم يكن يعلم الأجير أنه يحفر فى غير ملك من استأجره فالضمان على المستأجر لأنه لم يبين لأجيره موضع الحفر فتعلق الضمان به (١٥٠) .

---

(١٤٨) المقنع مع حاشيته – السابق ، جـ ٢ ص ٢٥٢ .

(١٤٩) المادة ١٤٢٧ من المجـــــلة .

(١٥٠) المغنى لإبن قدامه – السابق – جـ ١٢ ص ٩٣ .

– وكذلك لو استأجر مالك الدار عمالاً لبناء جناح فى منزله أو ظله (١٥١) فوقع الجناح على إنسان فقتله ، ***فإننا نفرق بين أمرين*** : –

- الأول :-

– لو سقط الجناح قبل أن يفرغ العمال من مهمتهم ، فالضمان عليهم لأن التلف بفعلهم ولم يكونوا قد سلموا العمل لرب الدار بعد .

- الثانى :-

– وإذا سقط الجناح بعد فراغهم من العمل وتسلمه الى رب الدار فالضمان عليه لأنهم أتموا العمارة والإصلاح فانتقل فعلهم إليه فكأنه فعل بنفسه ولهذا يضمنه استحساناً (١٥٢) .

٤٩ – **رابعاً – مسئولية الأستاذ عن فعل تلميذه** : –

– يسأل الأستاذ فى الصنعة عن خطأ تلميذه ويضمن ما أتلفه .

---

(١٥١) الجناح هو مايسمى بالبلكونة والظلة هو سقف يبرز من المنزل ليس عليه بناء لجلب الظل أمامه .

(١٥٢) فتح القدير – شرح الهداية للشيخ الإمام كمال الدين بن محمد بن عبد الواحد السيواى السكندرى – المشهور بابن الهمام الحنفى ، جـ ١٠ ص ٣٠٩ .

– وعلى ذلك يضمن القصار ما أتلفه تلميذه كأن يدخل المصباح لأستاذه فتقع منه شرارة على ثوب من ثياب القصارة أو يتساقط علي الثوب بعض وقود المصباح أو يقع المصباح نفسه على بعض الثياب فيحرقها فلا ضمان على التلميذ ويكون الضمان على الأستاذ لأنه أدخل المصباح بإذنه فصار فعل التلميذ كفعل الأستاذ ولو فعل الأستاذ ذلك كان ضامناً[١٥٣] .

– ولو وقعت مدقة القصار من يد التلميذ علي ثوب من الثياب فإننا نفرق بين فرضين : **الأول** : لو كان هذا الثاب من ثياب القصارة فالضمان على الأستاذ لأن هذا من عمل القصار فينسب الفعل اليه .

- **الثانى** : -

– لو كان هذا الثوب وديعة عند القصاب فتلف فالضمان علي التلميذ لأن الأستاذ يسأل عن عمل الأجير أو التلميذ فيما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه وذلك فيما يتعلق بشئون الصنعة وفى حدود العمل فقط [١٥٤] .

---

(١٥٣) جامع الفصوليين – السابق جـ ٢ ص ١٢٢ ، فتاوى قاضيخان – السابق ، جـ ٢ ص ٣١٧ ، مجمع الضمانات – السابق ص ٤٢ – ٤٣ .

(١٥٤) مجمع الضمانات – السابق ص ٤٣ ، نظرية الضمان لوهبة الزحيلى – السابق ص ٢٥٦.

خاتمــة البـــاب الأول

– تناولنا فى الباب الأول أساس مساءلة المتبوع عن خطأ التابع فى كل من القانون المدنى والفقه الإسلامى .

وترتيباً على ذلك نبدى الملاحظات الآتية : –

١ – اختلف فقهاء القانون الوضعى حول الأساس المناسب لمساءلة المتبوع عن خطأ تابعه فمنهم من أرتأى فى طبيعة المسئولية أنها مسئولية شخصية وبعضهم يرى أنها مسئولية عن فعل الغير .

٢ – ومن ذهبوا الى أنها مسئولية شخصية لم يتفقوا على أساس واحد فى هذا السبيل بل انقسموا الي فريقين ، الأول ويرى فى نظرية تحمل التبعة أساساً مناسباً لمساءلة المتبوع عن خطأ تابعه . ولقد أبرز أنصار النظرية مميزاتها وهى عدم جواز دفع المتبوع المسئولية عن نفسه بادعاء أنه لم يرتكب أى خطأ ، إلا أنه قد وجهت لها انتقادات لاذعة وأهمها عدم امكانية رجوع المتبوع علي التابع بما دفعه للمضرور .

– ولقد قيل بأن أساس المساءلة هو الخطأ المفترض فى جانب المتبوع فى سوء اختيار التابع وتوجيهه مما يعنى مساءلته عن خطئه إلا أن أهم نقد وجه لتلك النظرية هو أنها لاتعطى تفسيراً مقبولاً فى حالة ما إذا كان المتبوع غير مميز ، إذ فى هذه الحالة لايمكن أن ننسب اليه الخطأ ...

٣ - ولقد ذهب البعض الى القول بأن أساس مساءلة المتبوع هو المسئولية عن الغير إلا أنهم انقسموا فيما بينهم ، فمنهم من يرى فى نظرية النيابة أساساً مقنعاً غير أنه يرد على ذلك بأن النيابة تكون فى التصرفات القانونية ، فى حين أن أخطاء التابع تكون فى معظمها نتيجة ممارسة لنشاط مادى .

- ولذلك ذهب البعض الي أن أساس مساءلة المتبوع هو نظرية الضمان وتكاد تكون هذه النظرية هى المقبولة الآن لدى الفقه والقضاء لما تتميزبه من محاسن افتقدتها النظريات السابقة ، وفى هذا يلتقى الفكر القانونى مع الفقه الإسلامى الذى يؤسس أيضاً مساءلة المتبوع على فكرة الضمان تلك الفكرة التى تجمع بين ميزتين فى آن واحد فهى ليست مسئولية خطئية ، وبالتالى لايستطيع المتبوع التنصل من المسئولية بإثبات نفى الخطأ وفى نفس الوقت يستطيع الرجوع على التابع بما دفعه للمضرور .

الباب الثانى

ضوابط مساءلة المتبوع عن خطأ التابع

٥٠ - تمهيد وتقسيم :-

- يجب لمساءلة المتبوع عن خطأ تابعه أن تتوافر ضوابط معينة سواء فى نطاق القانون المدنى أو الفقه الإسلامى .

وعلي ذلك نقسم هذا الباب الي فصلين وخاتمة .

الفصل الأول : ضوابط مساءلة المتبوع عن خطأ التابع فى القانون المدنى .

الفصل الثانى : ضوابط مساءلة المتبوع عن خطأ التابع فى الفقه الإسلامى .

- خاتمة الباب الثانى .

الفصل الأول

ضوابط مساءلة المتبوع عن خطأ التابع

فى القانون المدنى

٥١ - تمهيد وتقسيم :-

- تنص المادة (١٧٤) من القانون المدنى على الآتى : -

« ١ - يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » .

- وترتيباً علي ذلك نقسم هذا الفصل الى مبحثين :-

المبحث الأول : رابطة التبعية .

المبحث الثانى : خطأ التابـــع .

المبحث الأول

رابطـــة التبعيـــة

٥٢ - لقد أثير الخلاف فى الفقه حول المدلول الصحيح لرابطة التبعية ، والذى يمكن على ضوء توافره القول بجواز مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه (١٥٥).

---

(١٥٥) أنظر فى تفصيل ذلك :

- د./ السنهورى - السابق - ص ١٤٢٢ ومابعدها ، د./ محمد لبيب شنب - السابق ص ٣٨٠ ومابعدها .

د./ مصطفى الجمال - السابق ص ٤٠٨ ومابعدها ، د./ عبد المنعم فرج الصده - السابق ص ٦٦٢ ومابعدها ، د./ جميل الشرقاوى - السابق ص ٥١٧ وما بعدها ، د./ عبد الناصر العطار - السابق ص٣٠١ وما بعدها ، د./ توفيق حسن فرج - النظرية العامة للإلتزامات - مصادر الإلتزام - الجزء الأول ، طبعة عام ١٩٧٨ ص ٣٧٤ وما بعدها ، د./ عبد الحى حجازى - السابق ص ٥٢٤ وما بعدها ، د./ اسماعيل غانم - السابق - ص٤٣٧ وما بعدها .

- وفى الفقه الفرنسى :

- Michel le Galcher . BARON : op. cit . P. 190 - 192 .

- Demolomp . op. cit . N. 610 .

- Baudry Lacantinerie et Bard : op. cit . tome 4 N. 291 .

٥٣ - ولقد ذهب البعض الى تبرير رابطة التبعية على أساس إقتصادى وذلك بالقول بأن التابع فى سبيل تدبير نفقات حياته يخضع اقتصادياً لمتبوعه مما يوجد بينهما رابطة تبعية نتيجة تفاوت المستوى الإقتصادى بينهما بما يؤدى الى التفاوت الإجتماعى بين الطبقات التى ينتمى اليها كل منهما (١٥٦).

=====

- Planiol Ripert et Esrmein : op. cit . N. 640 .

- Mazeaud et Tunc : op. cit N. 878 .

- Savatier op. cit . N. 290 .

(١٥٦) أنظر فى تفصيل ذلك :

- Flour these : op. cit . p. 70 .

- Savatier : op. cit . P. 269 .

- Besson : note : D . 1929 - 2 - 14.

- Dallant : op. cit . P. 87 .

- Planiol - Ripert et esmein : op. cit . P. 900 .

ومن الفقه المصرى :-

- د./ محمد الشيخ عمر - السابق - ص ٢٢٢

- Savatier (R.) : op. cit . N. 290 .

– إلا أن هذا الإتجاه تعرض لنقد شديد إذ لايجب اعتبار اعتماد الشخص علي غيره اقتصادياً نوعاً من الخضوع خاصة وأنه لايوجد إنسان يستطيع أن يستقل بتدبير متطلباته دون الإستعانة بجهود الآخرين ، بل العكس قد يكون هو الصحيح إذ أن احتياج أصحاب الأعمال لأنشطة عمالهم قد يكون أكثر من احتياج العمال لأصحاب الأعمال فهل يمكن القول بخضوع الأخيرين لهم اقتصادياً وهو مالم يقل به أحد بالرغم من أن هذا القول قد يصادف بعض الحقيقة (١٥٧) . وأخيراً فإن هذا الإتجاه يؤدى الى التضييق من نطاق رابطة التبعية لتقتصر على فئة أرباب الأعمال فقط ، فى حين أنها على العكس من ذلك تتسع لتشمل هذا المفهوم وغيره (١٥٨) .

٥٤ – وعلى العكس من ذلك ذهب إتجاه آخر الى أن أساس رابطة التبعية يكمن فى تلك العلاقة القانونية التى تربط مابين المتبوع وتابعه والتي من أثرها خضوع الثانى للأول الذي له الحق – كنتيجة لتلك العلاقة – فى إصدار الأوامر والتوجيهات لتابعه

---

(١٥٧) د./ محمد الشيخ عمر – السابق – نفس الموضع .

- Flour : thése : op.cit . P. 71 .

(١٥٨) د./ محمد الشيخ عمر – السابق – ص ٢٢٥ .

الذي لايملك سوى الخضوع لها . وتظهر هذه المسألة بوضوح فى إطار علاقات العمل بين العامل ورب العمل فى إطار عقد العمل المبرم بينهما (١٥٩) .

– ولقد تعرض هذا الإتجاه – كسابقه – لإنتقاد ووجه الإنتقاد أنه ليس من المحتم اللازم أنه كلما وجدت العلاقة القانونية فإنه تتوافر رابطة التبعية خاصة وأن الشركاء تربطهم بالشركات التى يساهمون فيها علاقات قانونية ولم يقل أحد بأن الشريك يعد تابعاً للشركة أو العكس بل وأكثر من ذلك قد تتوافر رابطة التبعية دون توافر فى العلاقة القانونية ، كما فى علاقات المجاملة والعلاقات بين أفراد الأسرة الواحدة ، وثمة انتقاد أخير قوامه أن حصر رابطة التبعية فى إطار العلاقات القانونية يضيق من نطاق هذه الرابطة ، مع أن لها مظاهر عدة تتعدى هذا

---

(١٥٩) - Michel le Galcher . Baron : op. cit . p. 190.

- Savatier : op. cit . p. 378 .

– وأنظر : نقض مدنى ١ / ١١ / ١٩٧٥ فى الطعن رقم ١٣٨ ، السنة ٤٤ ق . ، نقض مدنى فى ٢٠ / ٦ / ١٩٦٣ – مجموعة أحكام النقض – المكتب الفنى – ١٤٠ – ٨٨٨ .

النطاق بكثير (١٦٠) .

٥٥ – وأمـام هذه الإنتـقـادات السـابقـة يكاد يذهب الرأى الغالب الى القول بتوافر رابطة التبعية لمجرد ممارسة المتبوع تجاه تابعه سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه لمجرد ممارسة المتبوع تجاه تابعه سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه ، ***وهو ماننتاوله تفصيلاً فى مطلبين على التوالى*** : –

المطلب الأول : السلطة الفعلية .

المطلب الثانى : الرقابة والتوجيه .

---

(١٦٠) - Flour : thése op. cit . p. 242 .
- Demogue : op. cit . N. 886 .
- Josserand : op. cit . p. 430 .
- La lou : op . cit N. 1023 .
- cass civ : 30 - 4 - 1947 . d . 1947 - 3 0 5

المطلب الأول

السلطـــة الفعليــــة

٥٦ - مضمون السلطة الفعلية :-

– تبلور مضمون السلطة الفعلية فيما للمتبوع من سلطة تجاه تابعه مقتضاها خضوع الأخير له فيما يوجهه له من أوامر وتعليمات . وهذه السلطة قد يكون مصدرها العقد أو القانون . ويكون محلها العمل الذى يؤديه التابع لا شخصه ويجب أن يباشرها المتبوع بالفعل أو يكون فى استطاعته مباشرتها وبذلك لايكفى للقول بتوافر رابطة التبعية أن يكون للمتبوع أكثر من سلطة قانونية خاصة إذا لم يكن فى استطاعته مباشرتها(١٦١) .

---

(١٦١) - Mazeaud et Tunc . op. cit . p. 955 .
- La lou et Azard : op. cit . P. 574.
- Savatier : op. cit . p. 369 .
- Planiol - Ripert et esmien . op. cit . P. 899 .
- Demogue : op. cit . N. 886 .
-Na noppulis : attenuation de la résponsablilité du commettant . thés. Paris 1957 . P. 119 .

– ولايشترط في السلطة الفعلية مدة زمنية فيكفى توافرها للقول بوجود رابطة التبعية طالت مدة هذه السلطة أو قصرت[١٦٢]

– ولا يشترط كذلك أن تكون هذه السلطة شرعية ، فهى تقوم ولو لم يكن للمتبوع الحق فى هذه السلطة بأن يكون استمدها من

وفى نفس المعنى : –

د./ توفيق حسن فرج – السابق ص ٢٧٤ ، د./ السنهورى – السابق ص ١٤٢٢ ، د./ محمد حسين منصور ، محاضرات فى نظرية الإلتزام ص ٣١ وما بعدها ، مصطفى مرعى – السابق ص ١٨٧ ، د./ اسماعيل غانم – السابق ، ص ٤٣٧ ، د./ مأمون الكزبري – نظرية الإلتزامات فى ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربى ، الجزء الأول – مصادر الإلتزامات ص ٤٥٥ وما بعدها ، د./ محمود السيد عبد المعطى خيال ، العلاقة بين مسئولية المتبوع ومسئولية حارس الأشياء غير الحية ، رسالة دكتوراه من جامعة عين شمس . عام ١٩٨٨ وما بعدها ، د./ عبد الحميد الشواربى و عز الدين الدناصورى ، المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء ، طبعة عام ١٩٨٨ ص ٢٨٣ وما بعدها ، د./ سالم أحمد على ، مسئولية المتبوع عن فعل التابع ، رسالة دكتوره – جامعة عين شمس عام ١٩٨٨ ص ٩٥ وما بعدها ، د./ محمد الشيخ عمر دفع الله – السابق ص ٢١١ .

(١٦٢) – نقض مدنى ١٠ / ٦ / ١٩٨٢ – الطعن رقم ٧٧٥ ، السنة ٤٥ ق .

عقد باطل أو عقد غير مشروع أو اغتصبها دون عقد أصلاً ولكنه مادام يستعملها أو يستطيع استعمالها بالفعل فهذا كافٍ فى قيام علاقة التبعية [(١٦٣)] .

٥٧ - قيام السلطة الفعلية على أساس تعاقدى :-

- إذا توافرت السلطة الفعلية للمتبوع على تابعه فى رقابته وتوجيهه قلنا بتوافر علاقة التبعية التى تسوغ مساءلته عن أخطاء هذا التابع .

- ولا يقدح فى توافر علاقة التبعية هذه أن يكون التابع مأجوراً أو غير مأجور [(١٦٤)]، وسواء كان

(١٦٣) نقض جنائي ١٦ / ١ / ١٩٥٠ - مجموعة المكتب الفنى ، السنة الأولى ، رقم ٨٣ - ص ٢٥١ .

- وأنظر كذلك :-

- Cass civ : 1 - 3 - 1957 . J. C . P. 1957 - 4 - 54 .

- Cass crim : 25 - 1 - 1972 - J.C.P. 1972 - 2 - 17159 .

(١٦٤) د./ اسماعيل غانم - السابق - ص ٤٣٧ ، د./ مصطفى الجمال - السابق ص ٤١١ ، د./ عبد الناصر العطار - السابق - ص ٣٠١ ، د./ جميل الشرقاوى - السابق ، ص ٥١٧ .

مرتبطاً بعقد مع متبوعه أو غير مرتبط [١٦٥] ، فلا أهمية لمصدر هذه السلطة .

– وترتيباً على ذلك تتوافر علاقة التبعية بالرغم من عدم وجود عقد بين التابع ومتبوعه كما لو كلف أب أبنه البالغ أو كلف زوج زوجته بالقيام بعمل ما وأشرف عليه أو عليها فى القيام بهذا العمل ، فإنه يكون هنا للأب أو الزوج سلطة فعلية فى مراقبة عمل الإبن أو الزوجة فتتوافر رابطة التبعية بينهما بحيث يسأل الأب أو الزوج عن أفعال الإبن أو الزوجة وذلك رغم عدم وجود علاقة تعاقدية بينهما [١٦٦] .

---

(١٦٥) د./ السنهورى – السابق ص ١٤٢٣ – ص ١٤٢٤ ، د./ حسام الأهوانى – السابق ص ٦٠٥ وما بعدها ، د./ محمد لبيب شنب – السابق ص ٣٨٢ وما بعدها ، د./ محمد حسين منصور – السابق ص ٣١ وما بعدها ، د./ توفيق حسن فرج – السابق ص ٢٧٤ ، د./ سالم أحمد على – السابق ص ٩٥ ، مصطفى مرعى ، ص ١٨٧ ، د./ عاطف النقيب – السابق ص ٤٢٠ .

- Mazeaud et Tunc : op. cit . p. 955 .

- La lou et Azard : op. cit . p. 574 .

- Demogue : op. cit . N . 886 .

- Na nopulis , thése op. cit . P. 119 etc .....

(١٦٦) د./ محمد لبيب شنب – السابق ص ٣٨٢ : ٣٨٣ .

- Cass civ . 15 - 10 - 1955 - G.P. 1955 . 2 . 345 .

– وأنظر كذلك : نقض مدنى : ٨ / ٥ / ١٩٧٦ . الطعن رقم ٦٥٧ – السنة ٤٢ ق .

ولكن الغالب أن تقوم علاقة التبعية بناء على وجود عقد بين المتبوع وتابعه كعقد عمل كالذي يربط بين العامل وصاحب العمل وبين الخادم وسيده وبين الموظف والحكومة ، فإذا توافر مثل هذا العقد قامت علاقة التبعية ، ولا يقدح فيها بعد ذلك أن يكون هذا العقد باطلاً كما إذا تعلق بتشغيل أحد الأجانب دون الحصول على ترخيص بذلك من الجهات المختصة مما ينعت مثل هذا العقد بالبطلان ، إلا أن ذلك لاينفى توافر علاقة التبعية والتى بمقتضاها يصبح العامل الأجنبى تابعاً وصاحب العمل متبوعاً ، وبالتالى يسأل الأخير عن أخطاء الأول متى وقعت منه حال تأدية وظيفته أو بسببها (١٦٧) .

– وعلى العكس – مما سبق فإن وجود العقد لايعنى بالضرورة توافر علاقة التبعية إذ من الممكن بالرغم من ذلك أن يقوم المتبوع بإعارة تابعه لمتبوع آخر مما ينقل سلطة الرقابة والتوجيه إليه مع بقاء رابطة العقد فيما بين المتبوع الأول والتابع المعار إلا أن المتبوع الأخير هو الذى يسأل عن أخطائه ويشفع فى ذلك توافر سلطة الرقابة والتوجيه الفعلية له وإرتفاعها عن الأول . ويظل الأمر على ذلك طوال مدة الإعارة (١٦٨) .

---

(١٦٧) المرجع السابق – نفس الموضع .

(١٦٨) د./ حسام الأهوانى – السابق ص ٦٠٦ .

– ولقد ثار التساؤل – فى إطار عدم اشتراط وجود رابطة عقدية – عما إذا كان من اللازم أن يحدد المضرور التابع المتسبب فى ضرره ؟ . لقد عرضت هذه المسألة على محكمة النقض وانتهت فيها إلى أنه يكفى أن يعتقد المضرور بحسب الظاهر أن من تسبب فى الأضرار به يخضع لسلطة ورقابة متبوع معين كأن يعتقد أن من أرتكب ضده الخطأ جندى بالقوات المسلحة ، وبالتالى تسأل وزارة الدفاع عن أخطائه إذا كانت لديه معطيات ظاهرية توحى بهذا الإعتقاد (١٦٩) .

– إلا أن هذا الإتجاه القضائي قد اعترض عليه من زاوية أنه إذا كانت السلطة الفعلية شرطاً يبرر مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه فيجب أن تكون هذه السلطة حقيقة وليست ظاهراً ، وبعبارة أخرى ، فإنه وإن كان قضاء النقض المصرى قد أقر نظرية الوضع الظاهر ، إلا أنه يجب عدم امتدادها الى مجال علاقة التبعية ومساءلة المتبوع الظاهر خاصة وأن السير وراء هذا المنطق ، سيؤدى الي التوسيع من نطاق مساءلة المتبوع عن أخطاء التابع وهى تمثل وضعاً استثنائياً فى مجال المسئولية عن فعل الغير (١٧٠) .

(١٦٩) نقض جنائي ١١ / ١ / ١٩٧٣ – السنة ٢٤ ص ١٨٠ ، نقض مدنى ١٦ / ١١ / ١٩٦٥ ، السنة ١٦ ق ص ١٦٨ – مشار اليهما فى د./ حسام الأهوانى – السابق ص ٦٠٧ ، مقرؤة مع هامش ٤ ، ٣ .

(١٧٠) د./ حسام الأهوانى – السابق ص ٦٠٦ .

– فإذا توافرت العلاقة العقدية فيما بين المتبوع وتابعه ، قلنا بوجود السلطة الفعلية ، ويستوى أن يقوم المتبوع باستعمالها أو عدم استعمالها إذ يكفى لتوافر التبعية أن يكون العقد قد خول المتبوع سلطة الرقابة والتوجيه (١٧١) .

– وجدير بالذكر أن الرابطة العقدية المقصودة هنا هى تلك التى تنشأ عن عقد يخول المتبوع سلطة فعلية فى رقابة التابع وتوجيهه ، وأوضح مثال لذلك هو عقد العمل الذى يضع العامل فى خدمة رب العمل وتحت سلطته وإشرافه مما يضفى علي العامل صفة التابع (١٧٢) .

– وعلى العكس من ذلك فعقد المقاولة لايضفى علي المقاول صفة التابع لأن المقاول يعمل على مسئوليته ويتحمل مخاطر عمله وهو مستقل فى تنفيذ عمله كسائق سيارة الأجرة لايعد تابعاً للراكب ، وكذلك متعهد الأشغال لدى الوزارة أو الإدارة الحكومية فلا يعد تابعاً (١٧٣) .

---

(١٧١) المرجع السابق ، ص ٦٠٧ – ص ٦٠٨ .

(١٧٢) د./ محمد وحيد الدين سوار – السابق ص ١٣٤ .

(١٧٣) المرجع السابق ص ١٣٥ ، د./ السنهورى – السابق ص ١٤٣٠ ، د./ عاطف النقيب – النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن فعل الغير

٥٨ - قيام السلطة الفعلية ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه :-

- لقد رأينا عند استعراضنا لأساس مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه أن هناك من يؤسس تلك المساءلة على خطأ يفترض فى جانب المتبوع قوامه سوء اختياره لتابعه ، بمعنى أن حرية المتبوع فى اختيار التابع وفصله كانت شرطاً لقيام تلك المساءلة ومفهوم المخالفة لذلك أنه ذا انتفت تلك الحرية وكان التابع مفروضاً على المتبوع إرتفعت مسئولية الأخير عن أخطاء الأول .

- ولقد ساد الإعتقاد السابق حيناً من الدهر كان الإختيار هو أساس مساءلة المتبوع عن خطأ التابع خاصة وأن حرية الإختيار يناسبها حسن رقابة التابع وتوجيهه[١٧٤] ، ولا يشترط أن تقوم حرية الإختيار على تولى المتبوع بنفسه اختيار تابعه بل يمكن أن يوكل تلك المهمة لتابع عنده[١٧٥] .

---

(١٧٤) - Michel le galcher - Baron . op. cit. P. 190 .

(١٧٥) - Baudry - la cantinerie et Bord : op. cit . N. 2912 .

- ولقد سار القضاء على هذا النهج فترة ليست بالقليلة فكان لايقضى بمساءلة المتبوع عن أخطاء تابعه ، إلا أذا تأكد أن علاقة التبعية كان قوامها حرية المتبوع فى اختيار تابعه (١٧٦) .

- إلا أن هذه النظرة لم تستمر طويلاً ، وتم التحول عن مسألة حرية الإختيار ولكن بنوع من التدرج قام على أساس أن المتبوع يعد مسئولاً عن أخطاء تابعه ولو كان مقيداً فى إختياره من بين عدد معين من عدة أشخاص نتيجة توافر شروط معينة فيهم ولا يملك المتبوع أن يختار تابعه إلا منهم كما إذا كان الإختيار موكولاً إلى مسابقة يشترط للتقدم إليها مؤهلات خاصة (١٧٧) .

---

(١٧٦) أنظر : نقض مدنى : ٢٧ / ٣ / ١٩٣٠ - المجلة القضائية - ١٩ ص ١٩ ، استئناف أسيوط فى ٢٤ / ١ / ١٩٢٨ ، حيث قررت المحكمة أن : « الخدمة العسكرية تكليف واجب على كل مصرى وليس للحكومة حرية اختيار الجنود ، فلا يمكن أن تكون علاقتهم بالحكومة علاقة السيد بخادمه ، وعلي ذلك لا تسأل وزارة الحربية عن جناية ارتكبها أحد الجنود خصوصاً إذا لم يقم الدليل علي خطأ الوزارة فى الحادث موضوع دعوى التعويض » ، مجلة المحاماة - ٨ - ٥٠٧ .

- Trib ceine : 27 - 2 - 1909 , Rev . crit . 1911 - 145 .

(١٧٧) د./ السنهورى - السابق ص ١٤٢٤ - ص ١٤٢٥ .

- Mazeaud : op. cit . N. 880 .

– ولقد انتهى التطور فى هذا المجال الى القول بمساءلة المتبوع عن خطأ تابعه حتى ولو لم يكن حراً فى إختياره طالما كانت للمتبوع سلطة فعلية فى رقابة التابع وتوجيهه (١٧٨) .

– ولقد تواترت أحكام القضاء مؤيدة هذا الإتجاه ، من ذلك ماقضى به من أن : « المرشد يعتبر أثناء قيامه بعملية إرشاد السفينة تابعاً للمجهز لأنه يزاول نشاطه فى هذه الفترة لحساب المجهز ويكون الحال كذلك ولو كان الإرشاد إجبارياً » (١٧٩) .

– ولا يقدح فى توافر علاقة التبعية ألا يكون من حق المتبوع إنهاء خدمة التابع وفصله ، وخير مثال لذلك موظفى المجلس البلدى الذين تفرضهم الحكومة على المجلس ، وبالتالى لايكون حراً فى إختيارهم وفوق ذلك فهو لايملك فصلهم بل إن الحكومة هى التى

---

(١٧٨) د./ السنهورى – السابق ص ١٤٢٥ ، د./ حسام الأهوانى – السابق – ٦٠٥ – ٦٠٦ ، د./ محمد لبيب شنب – السابق ص ٣٨٥ ، د./ أحمد سلامه – اسابق ٣٠٩ ، د./ اسماعيل غانم – السابق – ص ٤٣٩ ، سوار – السابق – ص ١٣٢ .

(١٧٩) نقض مدنى : ٢٤ / ١٠ / ١٩٦٣ – مجموعة أحكام النقض – السنة ١٤ ق رقم ١٣٦ . ص ٩٧٤ .

– وفى نفس المعنى : . Trib . Paris : 14 - 3 - 1930 - D. 1930 - 2 - 115 .

تقوم بهذا الإجراء ، ومع ذلك يعتبروا تابعين للمجلس الذى يسأل عن أخطائهم الواقعة منهم أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها – طالما كانت له السلطة الفعلية فى رقابة وتوجيه هؤلاء الموظفين (١٨٠) .

(١٨٠) د./ السنهورى – السابق ص ١٤٢٥ .

المطلب الثاني

الرقابـــــة والتوجيــــــه

٥٩ - المقصود بالرقابة والتوجيه :-

- لايكفى أن تكون للمتبوع سلطة فعلية علي تابعه بل لابد أن تكون هذه السلطة نابعه مما للمتبوع من حق رقابة تابعه وحسن توجيهه . ويقصد بذلك الأوامر والتعليمات الصادرة للتابع بقصد توجيهه فى عمله وتمتد هذه السلطة لتشمل الرقابة فى تنفيذ الأوامر والمحاسبة على الخروج عليها (١٨١) .

- ويكفى لتوافر علاقة التبعية وبالتالى سلطة الرقابة والتوجيه أن تكون للمتبوع تجاه تابعه رقابة عامة ، فلا يشترط أن تكون الرقابة تفصيلية ، علي أنه لايكفى مجرد مطلق الرقابة والتوجيه . ولهذا يعد الجندى تابعاً لوزارة الدفاع إذ يتلقى منها التوجيه العام فى عمله لحسابها (١٨٢) .

---

(١٨١) د./ حسام الأهوانى - السابق ص ٦٠٨ ، د./ محمد لبيب شنب - السابق ص ٣٨١ .

(١٨٢) د./ حسام الأهوانى - السابق - نفس الموضع ، وفى نفس المعنى د./ السنهورى - السابق ص ١٤٢٧ ، د./ أحمد سلامه - السابق - ص ٣٠٩ ، د./ سليمان مرقس - السابق ص ٨٣٣ ، د./ عبد الناصر العطار - السابق ص ٣٠٣ ، د./ جميل الشرقاوى - السابق ص ٥١٨ ، د./ اسماعيل غانم - السابق ص ٤٣٧ ، د./ مصطفى الجمال - السابق ص ٤٠٨ وما بعدها ، د./ محمد الشيخ عمر - السابق ص ٢١١ .

– ويجب أن تكون هذه الرقابة والتوجيه فى عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع (١٨٣) .

– ولقد تواترت أحكام القضاء لتؤكد هذا المعنى ، من ذلك ماقضى به من أن ملاحظ السباحة فى المدارس الأميرية يعد تابعاً لوزارة التربية والتعليم ، فإذا غرق تلميذ وثبت إهمال الملاحظ كانت الوزارة هى المسئولة (١٨٤) .

– وعلي ذلك لو ثبت أن الشخص يمارس العمل حراً مستقلاً دون خضوع لرقابة وتوجيه من قبل إنسان آخر فإنه لايعد تابعاً ،

---

(١٨١) د./ حسام الأهوانى – السابق ص ٦٠٨ ، د./ محمد لبيب شنب – السابق ص ٣٨١ .

(١٨٢) د./ حسام الأهوانى – السابق – نفس الموضع ، وفى نفس المعنى د./ السنهورى – السابق ص ١٤٢٧ ، د./ أحمد سلامه – السابق – ص ٣٠٩ ، د./ سليمان مرقس – السابق ص ٨٣٣ ، د./ عبد الناصر العطار – السابق ص ٣٠٣ ، د./ جميل الشرقاوى – السابق ص ٥١٨ ، د./ اسماعيل غانم – السابق ص ٤٣٧ ، د./ مصطفى الجمال – السابق ص ٤٠٨ وما بعدها ، د./ محمد الشيخ عمر – السابق ص ٢١١ .

(١٨٣) د./ السنهورى – السابق ص ١٤٢٧ .

(١٨٤) نقض مدنى : ١٣ / ١١ / ١٩٥٢ – مجموعة أحكام النقض – ٤ – رقم ١٥ – ص ٨٨ .

وهذا هو شـأن المقـاول الذى يلتـزم بأداء عـمل لحسـاب غيـره دون خضوعه لإشرافه ورقابته (١٨٥) .

– وترتيباً على ماسبق قضى بأن المقاول : « رجل مستقل فى عمله عن صاحب العمل وله كل الحرية الفنية فى أن يتخذ وحده مايراه لإمكان الوصول بالمقاولة إلى النهاية المشترطة عليه فى العقد ، ومن ثم لاتكون علاقته بصاحب العمل علاقة تابع بسيد ولايكون صاحب العمل مسئولاً مع المقاول عما يرتكبه هذا الأخير من الخطأ الفنى فى عمله بل المقاول هو المسئول وحده (١٨٦) .

– وفى حدود النطاق السابق لو ثبت أن رب العمل قد تدخل تدخلاً إيجابياً فى تنفيذ المقاول للعملية المسندة إليه ، وبالتالى توافرت له السلطة الفعلية فى الرقابة والتوجيه فإنه يعتبر متبوعاً له ولا يقدح فى ذلك أن ينص عقد المقاولة على مسئولية المقاول وحده عن الأضرار التى تصيب الغير (١٨٧).

---

(١٨٥) د./ محمد لبيب شنب – السابق – ص ٣٨١ .

(١٨٦) محكمة مصر الإبتدائية فى ٢٠ / ١٢ / ١٩٢٦ – المحاماه السنة السابعة – ٥٨٤ – ٣٨٩ .

(١٨٧) نقض مدنى ٣١ / ١ / ١٩٧٧ – مجموعة أحكام النقض ٢٨ – ٣٢٢ – ٦٦ . وفي نفس المعنى : نقض مدنى : ٢٣ / ٤ / ١٩٦٨ – مجموعة أحكام النقض ٩ – ٨٢٠ – ١١٩.

– ولقد أثيرت عدة تساؤلات فى هذا النطاق تدور حول مدى إمكان مساءلة المتبوع غير المميز وما مدى توافر علاقة التبعية فى الإطار العائلى أو علاقات المجاملة وفى علاقة الطبيب بالمستشفى وما الحكم عند تعدد المتبوعين وفى انتقال علاقة التبعية من متبوع لآخــر ، وأخــيراً مـا مدى اشتــراط الدراية الفنية لقيام رابطة التبعية ؟ .

– *ونجيب عن هذه التساؤلات تباعاً .*

٦٠- أولا - مدى إمكان مساءلة المتبوع غير المميز : -

– إذا ثبت للمتبوع السلطة الفعلية فى رقابة وتوجيه تابعه فلا يقدح فى ذلك أن يكون المتبوع غير مميز ، وفى هذه الحالة يمثل المتبوع عن طريق وليه أو وصيه . ولقد استقر هذا المبدأ لدى الفقه (١٨٨) والقضاء (١٨٩) . ولعل سند هذا الإتجاه يكمن فى أن

---

(١٨٨) د./ سليمان مرقس – السابق ص ٨٤٠ ، د./ اسماعيل غانم – السابق – ص ٤٣٨ ، د./ أحمد سلامه – السابق ، ص ٣٠٩ ، د./ عبد الحميد الشواربي والدناصوري ص ٢٨٤ ، د./ عبد الحى حجازى – السابق ص ٥٢٧ .

- Mazeaud et Tunc : op. cit . N. 1136 .

- Demogue : op. cit.N.1020 .

(١٨٩) نقض مدنى : ١٢ / ١١ / ١٩٣٦ – مجموعة القواعد القانونية ٢ – ٨ – ٥ نقض جنائي ٢٥ / ٥ / ١٩٤٢ – المحاماة– ٢٣ –٢١٢ – ٩٥.

مسئولية المتبوع ماهى إلا مسئولية مفترضة وبالتالى ليس من بين شروط قيامها خطأ المتبوع حتي يمكن لنا القول بعدم مسئوليته لعدم تمييزه ، ولذلك حينما أقام المشرع تلك المسئولية أراد من وراء ذلك أن يوفر للمضرور ضمانة قوية فى سبيل حصوله على حقه . ومن هذا المنطلق واستناداً لتلك العلة فإن المتبوع يسأل ولو كان غير مميز ويقوم عنه نائبه القانونى سواء كان الولى أو الوصى أو القيم - وفى نفس الوقت لايجوز للمتبوع عديم التمييز أن يحتج بعدم قدرته على ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه توسلاً الى القاء عبء المسئولية على وصيه لأن الأخير لايعمل لحساب نفسه بل لحساب عديم التمييز ، ولأنه لايتصور أن تؤدي الوصاية الى أن يضمن الوصى فى ماله أخطاء خدم القاصر ، والقول بغير ذلك يؤدى الى إقحام الأوصياء فى دائرة مسئولية تتنافى مع مبادئ المنطق والقانون مما يكون سبباً فى إحجام الأوصياء عن قبول تلك المهمة (١٩٠) .

٦١ - ثانيا - مدى توافر علاقة التبعية فى الإطار العائلى أو علاقات المجاملة :-

- لقد أثير التساؤل

عن مدي توافر علاقة التبعية وما يستتبع ذلك من توافر سلطة

---

(١٩٠) د./ سليمان مرقس - بحوث وتعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنية ، طبعة عام ١٩٨٧ ، ص ٤٦٧ .

الرقابة والتوجيه فى كل من العلاقات فى نطاق العائلة الواحدة أو فى إطار علاقات المجاملة .

- أما فيما يتعلق بالعلاقات العائلية فلا شك أن تلك العلاقات تمارس فى إطار الأسرة سواء فى العلاقة بين الأب وابنه أو بين الزوج وزوجته أو فى الإطار العام للعائلة ، ونقصد بذلك العلاقات التى تثور بين الأخ وأخيه .

- فإذا بحثنا الأمر فى إطار الأسرة الواحدة ، فإننا نجد رب الأسرة فى مركز الصداره سواء بصفته أباً أو زوجاً فله القوامة الكاملة سواء في علاقته بأبنائه أو بزوجته ، والوضع الطبيعى لذلك هو تصور قيام علاقة التبعية فى هذا الإطار بحيث يكون الأب هو المتبوع والإبن أو الزوجة بمثابة التابع وذلك إذا قامت سلطة الأب على إعطاء التعليمات والأوامر لإبنه أو زوجته بصدد عمل معين بحيث تكون له سلطة الرقابة والتوجيه والمحاسبة عن اتيان هذا العمل (١٩١) .

- وقد يثار التساؤل عن مدى قيام علاقة التبعية بالنسبة للغرض العكسى للمعطيات السابقة وهو هل يمكن أن يكون الزوج تابعاً لزوجته أو الأب تابعاً لإبنه ؟ للإجابة على هذا التساؤل

---

(١٩١) د./ حسام الأهوانى - السابق ص ٦٩ ، د./ سهير منتصر - السابق - ص ١٣٤ وما بعدها .

يجب أن نفـرق بين أمـرين : **أولهمـا** : إذا أخـذنا بالمفـهوم القانونى للتبعية ومضمونه الإلتزام القانونى بطاعة الأوامر ، ففى هذا الإطار يصعب القول بإمكان تبعية الأب لإبنه أو الزوج لزوجته حيث لايلتزم بإتباع تعليمات تصدر اليه من إبنه أو زوجته بحسبان أن له القوامـة قـانوناً . **ثانيهما** : أمـا إذا أخـذنا بالمفـهوم الفعلى للتبعية أمكن القول بتوافر مثل هذه التبعية بين الأب وابنه أو الزوج وزوجته (١٩٢) .

- وعلى ذلك لو ثبت أن الزوج كـان يتلقي تعليمـات مـحـددة للقيام بعمل معين لحساب زوجته أو ابنه ، فإننا نكون بصدد علاقة تبعية التابع فيها هو الزوج والمتبوع هو الإبن أو الزوجة .

- وتطبيقاً لذلك يمكن أن تكون الزوجة تاجرة والزوج يعمل لديها وتحت رقابتها وإشرافها فى إنجاز بعض المهام المتعلقة بهذه التجـارة ، وفى هذه الحالة تسـأل الزوجـة عـن أخطـاء زوجها (التـابـع) والتـى تقع منه وتضر بالغيـر أثناء إنفـاذه لمهمـتـه أو بسببها (١٩٣) .

---

(١٩٢) د./ سهير منتصر - السابق ص ١٣٥ .

(١٩٣) - Majeaud et Tunc : op. cit , N. 886 . - Flour et Aubert : op. cit . N. 714 .

- Garbonnier : op. cit . N. 102 .

- Savatier : note : D . 1931 - 1 - 49 .

- واستصحاباً للمعنى السابق يمكن أن يكون الأب تابعاً لإبنه بأن يعمل لديه فى شركة يملكها هذا الإبن ، فإن الأخير يصبح متبوعاً للأول ويسأل عن أخطائه الواقعة منه حال تأدية وظيفته أو بسببها .

- وفيما يتعلق بعلاقات المجاملة ، كأن يقوم صديق بقيادة سيارة صديقه للقيام برحلة معينة ، وفى هذه الحالة قد يعطى مالك السيارة لصديقه بعض التعليمات والتوجيهات مما يثير التساؤل حول مدى مساهمة مثل هذه التعليمات وتلك التوجيهات فى خلق علاقة التبعية بحيث يعد المالك متبوعاً وصديقه السائق تابعاً؟ .

- لقد اختلفت الآراء حول الإجابة عن هذا التساؤل ، ففى حين ذهب البعض (١٩٤) الي القول بأن مثل هذه التعليمات دافعها الأول علاقة الصداقة وحسب ولا تمت بصلة ما بالنسبة لعلاقة التبعية ، وبالتالي لانكون بصدد تابع ومتبوع خاصة وأن الصديق (مستعير السيارة) ليس ملزماً قانونا بأن ينفذ تعليمات مالك السيارة ، والصادرة له فى إطار علاقة المجاملة التى تربطه بمالك السيارة .

- إلا أن اتجاهاً قضائياً قد ذهب الى العكس من ذلك وقضى بتوافر علاقة التبعية فى هذا الصدد ، ولعل الدافع لهذا الإتجاه كان توسيع نطاق الحماية الخاصة للمضرور وضمان

---

(١٩٤) - Planiol , Ripert et Esmein : op. cit . N. 99 .

- Besson : Note . D . 1928 - 2 - 16 .

حصوله على تعويض يجبر ضرره [١٩٥] .

– وتطبيقاً لذلك قضى بمسئولية مالك سيارة أعارها لسكرتيرته والتى أعارتها بدورها لصديق لها ارتكب بها حادث سبب ضرراً للغير ، وقد اعتبرت المحكمة المالك متبوعاً لصديق سكرتيرته [١٩٦] .

٦٢ - ثالثا - مدى توافر علاقة التبعية فى علاقة الطبيب بالمستشفى :-

– قوام علاقة التبعية

هو ما للمتبوع من سلطة فى رقابة وتوجيه تابعه وعلاقة التبعية تدور مع هذا المفهوم وجوداً وعدماً بمعنى أنه إذا انعدمت سلطة الرقابة والتوجيه انتفت تبعاً لذلك علاقة التبعية .

– من هذا المنطلق ثار التساؤل : حول مدى توافر علاقة التبعية فى العلاقة مابين الطبيب والمستشفى الذى يعمل به ؟ .

– اتجه البعض الى القول بصعوبة الإتجاه الى تقرير علاقة تبعية فيما بين الطبيب والمستشفى الذي يعمل به من منطلق أن

---

(١٩٥) د./ سهير منتصر – السابق – ص ١٣٣ .

(١٩٦) - Trib . Amien : 20 - 3 - 1930 . d . 1930 - 371 .

- Mazeaud et Tunc : op. cit . N. 895 .

- Flour : Thése . op. cit . P. 696 .

ممارسة مهنة الطب تستعصى على الخضوع لمنطق الرقابة والتوجيه إذ يجب أن يتمتع الطبيب بالإستقلال التام فى ممارسة مهنته خاصة وأن إدارة المستشفى لاسبيل لها الى رقابة أسلوب الطبيب فى ممارسة مهنته ، وبالتالى يجب ألا تسأل عن إهماله أو عدم مهارته فى ممارسة عمله (١٩٧) .

- وتطبيقاً لذلك ، قضت بعض المحاكم الفرنسية بعدم مسئولية إدارة المستشفى عن الأضرار التى سببها خطأ الجراح فيما يتعلق بأعماله الفنية الخاصة بالجراحة لأن قرار التدخل الجراحى ينفرد بإتخاذه الطبيب الجراح وحده وبالتالى يتحمل وحده مخاطر هذا القرار (١٩٨) .

---

(١٩٧) - N. Ambialet Janine : Résponsablilite de fait d'autrui en droit medical . Thése , Paris . 1995 . P. 136 .

- Baudry - Lacantinerie et Bard : op. cit tome 4 . p. 617 .

- Flour : Thése op. cit . P. 695 .

- Mazeaud et Tunc : op. cit . P. 948 .

(١٩٨) - Cass civ . 29 - 10 - 1963 - G . P. 1964 . 1 - 24 .

- Trib - civ. Toulouse ; 11 - 1 - 1960 . D . 1960 . 662 .

- Trib - civ. Lyon : 13 - 2 - 1961 . D . 1961 . 634 .

– فالمدار إذا للقطع بتوافر علاقة التبعية من عدمه يكون بقيام سلطة الرقابة والتوجيه لدى المتبوع ، فإذا توافرت قلنا بوجود علاقة التبعية ، وهذا ما اتجه اليه القضاء الفرنسى فى بعض أحكامه ، من ذلك اعتبار المرضة تابعة للطبيب الجراح ، فإذا أصدر لها أوامره بإعطاء حقنة للمريض قبل التدخل الجراحى ثم أهملت فى عملها مما سبب ضرراً لهذا المريض فإن الطبيب الجراح يسأل عن إهمالها هذا (١٩٩) .

– فإذا ماتوافرت لدى المستشفى سلطة الرقابة والتوجيه قامت علاقة التبعية بينها وبين الطبيب وهو مانلمسه فى الأخطاء غير الفنية التى تقع من الطبيب وهو مايسمى بالأخطاء الإدارية ، ومن هذا القبيل إهمال الطبيب فى فحص المريض وتركه هكذا عدة أيام مما أدى الى تفاقم حالته المرضية وإصابته بأضرار ماكان ليصاب بها لو أنه بادر بفحصه فى الوقت المناسب ، ومثل هذا الخطأ يعد من قبيل الأخطاء الإدارية مثل الطبيب فيه كمثل الموظف الإدارى الذى يهمل فى فحص بعض المكاتبات مدة من الزمن كافية لإسقاط حق من حقوق المصلحة التى يعمل لديها ، ففى مثل تلك الحالة تعد المستشفى متبوعاً ، وبالتالى تسأل عن أخطاء

---

(١٩٩) - Cass civ . 15 - 11 - 1955 . D . 1956 . 113 .

تابعها (الطبيب) (٢٠٠) .

- واستصحاباً للمفهوم السابق فإن المستشفى تسأل عن أخطاء الطبيب إذا كان غير حائز للمؤهلات الفنية المطلوبة ، وكذلك إذا كان مدير المستشفى طبيباً مثل الطبيب المخطئ إذ يمكنه فى هذه الحالة رقابته وتوجيهه (٢٠١) .

٦٣ - رابعا - مدى توافر علاقة التبعية عند تعدد المتبوعين : -

- من الممكن أن نتصور خضوع تابع واحد لأكثر من متبوع فى نفس الوقت فيكون لكل منهما الحق فى رقابته وتوجيهه ، وبالتالى يسألون جميعاً بالتضامن فيما

---

(٢٠٠) - Trib . civ . Dijon : 18 - 3 - 1903 . S : 1906 . 2 . 17 .
- Trib . Pau 30 - 6 - 1913 D.1915 - 2 - 49 .

(٢٠١) - Mazeaud et Tunc : op. cit N. 894 .
- Michel le galcher - Baron : op. cit . P. 191 .
- د./ سليمان مرقس - بحوث وتعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنية ، ص ٣٠٨ .
- ومن أحكام القضاء :
- Cass civ : 15 - 1 - 1957- D. 1957 -141 .
- نقض مدنى ٢٢ / ٦ / ١٩٣٦ ، مجموعة القواعد القانونية - محمود عمر - جـ ١ ص ١١٥٦ رقم ٣٧٦ .
وتعليق د./ سليمان مرقس عليه فى المرجع السابق .

بينهم عن أخطاء هذا التابع فى مواجهة المضرور [٢٠٢] .

– وتطبيقاً لذلك قضى بأن : « كلاً من وزير التربية والتعليم والمحافظ ومدير التربية والتعليم يعتبرون متبوعين للمدرس ومدير المدرسة التى أصيب فيها الطالب [٢٠٣] .

– وقضى فى فرنسا بأن : « راعى الأغنام الذى يرعى أغناماً مملوكة لعدة أشخاص يعتبر تابعاً لكل واحد منهم [٢٠٤] .

– وثمة فرض آخر قد يتداخل مع الفرض السابق إلا أنه

---

(٢٠٢) د./ حسام الأهوانى – السابق ص ٦١٠ ، د./ السنهورى – السابق ص ١٤٣٣ ، د./ اسماعيل غانم – السابق ص ٤٣٩ .
د./ سليمان مرقس – الوافى – ص ٨٤٨ ، د./ أحمد سلامه – السابق ص ٣١٠ ،

- Demogue : op. cit . N. 908 - 909 .
- Savatier : op. cit . N. 313 .
- Mazeaud : op. cit . N. 900 .

(٢٠٣) نقض مدنى : ١٣ / ١ / ١٩٨٣ – المجموعة ص ٢٠٢ رقم ٥٠ مشار اليه د./ حسام الأهوانى – السابق ص ٦١٠ مقروءة مع هامش (٢) .

(٢٠٤) - Cass civ . : 9 - 2 - 1967 . R.T.D.C. P. 634

مشار اليه – المرجع السابق – نفس الموضع .

بإمعان النظر يمكن استخراج وجه الإفتراق بينهما ، ونقصد بذلك الفرض الذى يتعدد فيه التابعين لمتبوع واحد إلا أن كل واحد منهم يستقل بنشاطه فيقوم التابع بالعمل تتابعاً لدى هؤلاء الأشخاص ، وفى هذا الوضع يكون المتبوع المسئول منهم عن خطأ التابع هو الذي كان الأخير يعمل لحسابه وخاضعاً لسلطته الفعلية ورقابته وتوجيهه وقت وقوع الخطأ منه ، فالخادمة التى تنتقل من منزل الى آخر للخدمة تعد بمثابة تابع لعدة متبوعين ، ولكن ليس فى وقت واحد وإنما فى أوقات متعددة ، وبالتالى تكون تابعة للمخدوم الذى يقع الخطأ منها وهى بصدد القيام بخدمته وخضوعها بالتالى لرقابته وتوجيهه (٢٠٥) .

٦٤ - خامساً : مدى توافر علاقة التبعية عند انتقالها من متبوع لآخر :-

– قد يحدث أن تنتقل التبعية من شخص لآخر لمدة معينة مما يثير التساؤل حول من من هذين الشخصية يكون المتبوع الذى يسأل عن أخطاء التابع ؟ .

– لاشك أن المتبوع – وعلى ما أستقر عليه الرأى – هو من له سلطة الرقابة والتوجيه ، ولاعبرة لطول مدة هذه السلطة أو قصرها .

---

(٢٠٥) د./ السنهورى – السابق ص ١٤٣٣ ، د./ عاطف النقيب – النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن فعل الغير ص ١٢٥ .

وليس هناك مايمنع من أن يعير المتبوع الأصلي تابعه لمتبوع آخر يسمى المتبوع العرضى ، كما إذا أعار صديق سيارته بسائقها لصديق آخر لمدة محددة أو لرحلة معينة ، فإذا إرتكب السائق حادثاً فعلى أى من المتبوعين (الأصلى - أم العرضى) يرجع المضرور ؟ للإجابة على هذا التساؤل يجب معرفة من كانت له سلطة الرقابة والتوجيه قبل التابع لحظة وقوع الحادث فيكون هو المتبوع الجائز الرجوع عليه .

- ***وفى سبيل التحقق من ذلك نفرق بين فروض ثلاثة : -***

- الأول : -

- إذا وجد اتفاق بين كل من المتبوع الأصلى والعرضى يوضح صراحة من منهما تكون له سلطة الرقابة والتوجيه ، ففى هذه الحالة يكون هو المسئول .

- أما إذا لم تكن عبارات الإتفاق واضحة واستطاع القاضى أن يستخلص النية المشتركة لهما فيها فإن لم يمكن استخلاص مثل تلك النية المشتركة فإن للقاضى أن يبحث عمن كانت له سلطة الرقابة والتوجيه لحظة وقوع الحادث والذى يعد حينئذ متبوعاً (٢٠٦) .

(٢٠٦) - Flour et Aubert : op. cit . P. 233 .
- Sovatier : note D . 1928 - 1 - 21 .
- Rutsaert (J) : Le fondement de la responsabilite civile extracon - tractuelle , bruxelbes - Prais , 1930 - P. 131 .

- الثانى : -

- إذا نزل المتبوع الأصلي تماماً عن سلطته فى الرقابة والتوجيه الى المتبوع العرضى ووقع الحادث فى المدى الزمنى الذى كانت للأخير وقتها سلطة الرقابة والتوجيه للتابع سئل أمام المضرور (٢٠٧) .

- ويظهر ذلك بوضوح فى حالة ما إذا ترك شخص سيارته لدى ورشة الإصلاح وقام صاحب الورشة باصلاحها ، فإذا أوكل الى أحد عماله تجربة السيارة للتأكد من تمام إصلاحها فارتكب حادثاً فإن مدير الورشة يعتبر هو المتبوع فى هذه الحالة لأن وقت ارتكاب الحادث كانت له سلطة الرقابة والتوجيه .

- الثالث : -

- قد يحدث أن تقسم رابطة التبعية بين كل من المتبوع الأصلي والمتبوع العرضى - كما إذا كانت للمتبوع الأصلي سلطة الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية ، فى حين كانت للمتبوع العرضى تلك السلطة من الناحية الإدارية .

---

(٢٠٧) د./ حسام الأهوانى - السابق ص ٦١٠ ، د./ السنهورى - السابق ص ١٤٣٣ ، د./ محمد لبيب شنب - السابق ص ٣٨٢ ، د./ أحمد سلامة - السابق ص ٣١٠ ، د./ اسماعيل غانم - السابق ص ٤٣٩ ، د./ عبد الناصر العطار - السابق ص ٣٠٤ ، د./ جميل الشرقاوى - السابق ص ٥١٩ .

- Cass civ : 4 - 5 - 1937 -S . 1937 - 1 - 247 .

– *مثال ذلك* : أن يستعير شخص سيارة صديقه بسائقها ويكون للمعير (المتبوع الأصلي) سلطة الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية كإصلاح السيارة وصيانتها ، فى حين تكون للمستعير (المتبوع العرضى) سلطة الرقابة والتوجيه من حيث تحديد مسار السيارة والمسافة التى يجب أن تقطعها . فإذا وقع حادث لتلك السيارة يثور التساؤل عمن يكون مسئولاً من المتبوعين الأصلى أم العرضى ؟ للإجابة عن هذا التساؤل نبحث عن طبيعة الخطأ فإن كان راجعاً للنواحي الفنية كخلل فى السيارة سئل المتبوع الأصلى بحسبان أن له الرقابة على هذا الجانب وعلى العكس من ذلك لو رجع وقوع الحادث لأسباب تتعلق بأسلوب سيرالسيارة واتخاذ طريق معين سئل عن ذلك المتبوع العرضى الذى أوكلت اليه سلطة الرقابة فى هذا الشأن (٢٠٨) .

– إلا أننا لا نسلم بهذا الرأى من عدة وجوه أولها صعوبة التمييز فى كثير من الأحيان بين ما إذا كان الخطأ واقعاً لسبب فنى أو غير فنى . *ثانيهما* : منافاة هذا الرأى للمبادئ المستقرة بشأن مساءلة المتبوع والخاصة بعدم جواز خضوع التابع لمتبوعين فى وقت واحد فى عمل واحد ليس لهما فيه مصلحة مشتركة .

---

(٢٠٨) - Planiol : Note . D . 1892 - 2 - 465 .
- Mazeaud : op. cit . N. 901 .

وأخيراً وهذا هو الأهم أن التسليم بهذا الرأى يمثل نوعاً من العسرة بالنسبة للمضرور إذ عليه أن يبحث عن سبب الضرر وهل يرجع الى عوامل فنية أم غير فنية مما يهدر الفائدة التى لأجلها قـرر المشرع مساءلة المتبوع الى جوار التابع للتيسير على المضرور (٢٠٩) .

– عالجنا فى الفروض السابقة مسألة إعارة التابع من قبل متبوعه الأصلى الى متبوع عرضى وثمة فرض عكسى مضمونه قيام التابع بتعيين تابع آخر بدلاً منه ، فيكون أحدهما تابعاً أصليا ، والثانى : تابعاً عرضياً ، فإذا وقع الخطأ من التابع العرضى ثار التساؤل حول من يكون المسئول أمام المضرور أهو المتبوع أم التابع الأصلى ؟ .

– بداية من المعلوم أن مسئولية المتبوع عن خطأ تابعه قد تقررت على سبيل الإستثناء ، ولذا فالأصل عدم التوسع فيها بما يتيح إمكانية مساءلة المتبوع عن أشخاص عينهم تابعه لمساعدته فى وظيفته لدى متبوعه (٢١٠) .

---

(٢٠٩) د./ سليمان مرقس – بحوث وتعليقات – السابق ص ٤٥٨ .

- Pirson et de Villé : traité de la résponsabilite civile bruxelles - Paris 1930 . P. 283

(٢١٠) د./ سلميان مرقس – الوافى – ص ٨٤٥ – ص ٨٤٦ .

- وحتى تتضح الصورة أكثر . نفرق بين أمرين : -

- الأول : -

- إذا عين التابع العرضى للعمل لحساب المتبوع وخضع لرقابته وتوجيهه سئل عنهم هذا المتبوع ولا يقدح فى ذلك أن تعيينهم كان من قبل التابع الأصلي طالما تم ذلك بناء على تعليمات من المتبوع .

- الثانى : -

- أما إذا كان التابع العرضى يخضع لإشراف ورقابة التابع الأصلي وليس للمتبوع عليهم أدنى سلطة فإن تبعة عملهم غير المشروع تقع على عاتق ذلك التابع الأصلى .

- وتطبيقاً لذلك قضى بأن : « الجمعية التى أنشأت مستوصفاً مسئولة عن أعمال مديره الطبيب وعن أعمال التمورجى الذى عينه ذلك المدير والذى تسبب فى حصول تسمم لأحد المرضى بتقصيره فى تعقيم الإبرة قبل حقنه بها وقررت فى حكمها أن السيد سواء أكان فرداً أم جمعية مسئول عن عماله الأصغرين الثانويين ولو كان تعيينهم بمعرفة الموظفين الرئيسيين مادام أن تعيينهم بمعرفتهم داخل فيما رسم لهم صاحب العمل من الإختصاصات وقد عنيت المحكمة ببيان أن حقن المرضى متصل إتصالاً وثيقاً بوظيفة التمورجى وان تعيين التمورجى داخل فى

اختصاص مدير المستوصف (٢١١) .

٦٥ - سادسا - مدى اشتراط الدراية الفنية لقيام رابطة التبعية :-

- إذا توافرت سلطة الرقابة والتوجيه للمتبوع على تابعه ، فالأصل أن يسأل عن خطأ الأخير الواقع منه حال تأدية وظيفته أو بسببها ، إلا أن التابع قد يمارس مهنة لها طابع فني لا دراية للمتبوع به بحيث لايبقى له من سلطة الرقابة والتوجيه إلا الوجه الإدارى فقط لتلك السلطة كمسألة تنظيم أوقات العمل مما يثير التساول حول مدى قيام رابطة التبعية بما تحتويه من جواز مساءلة المتبوع عن خطأ التابع رغم عدم الدراية الفنية للمتبوع ؟ .

- للإجابة على هذا التساؤل يمكن أن نبين اتجاهين :-

- الأول :-

- يذهب أنصار هذا الإتجاه الى القول بأنه إذا كان عمل التابع من النوع الذي يقتضى الإلمام بأمور فنية لا قبل للمتبوع بها انتفت علاقة التبعية وتعذر القول بتوافر سلطة الرقابة والتوجيه من قبل المتبوع (٢١٢) .

---

(٢١١) استئناف مصر فى ١٥ / ١١ / ١٩٣٦ - المحاماة - ١٧ - ٤٣٣ - ٢٠٣ - مشار اليه ، المرجع السابق ، ص ٨٤٧ مقرؤة مع هامش (٦١) .

(٢١٢) - Mazeaud et Tunc : op. cit . N. 894 .

- Baudry - Lacantinerie et bard : op. cit . tome 4 . N. 2912 .

– ولقد تواترت بعض أحكام القضاء التى تؤيد هذا الإتجاه من ذلك ماقضى به من عدم مسئولية إدارة المستشفى عن أخطاء الطبيب حيث لايعد تابعاً لها إلا إذا كان مدير تلك المستشفى هو الآخر طبيباً مثله حتى يمكن له رقابته وتوجيهه (٢١٣) ، وإن كان على العكس من ذلك تسأل إدارة المستشفى عن أخطاء الطبيب غير الفنية وتعد بالنسبة لها بمثابة المتبوع (٢١٤) .

– وعلى ضوء هذا الإتجاه تبرز لنا ملاحظتان ..

أولاهما : أن قيادة السيارة لاتعد عملاً فنياً بالمعنى المقصود لأن مالكها وإن لم تكن له دراية فنية فإنه يستطيع توجيه السائق بإصدار التعليمات الخاصة بسرعتها وطريقة السير وأسلوب تأمينها(٢١٥) .

أما ثانى الملاحظات فهى أنه إذا كان عمل التابع فنياً ولم تكن لصاحب العمل (المتبوع) دراية به فإنه لا يسأل عن أخطاء

---

(٢١٣) محكمة مصر الأهلية فى ٤ / ٢ / ١٩٣٥ – المحاماه ١٦ – ١٨٩ – ٨٤ . وفى نفس المعنى : استئناف مختلط ١٥ / ٢ / ١٩١١ ، نقض مدنى ٣ / ٧ / ١٩٦٩ – مجموعة أحكام النقض ٢٠ – ١٠٩٤ – ١٦٩ .

- Cass . Civ : 15 - 1 - 1957 . D . 1957 - 146

(٢١٤) - Trib dijon : 18 - 3 - 1903 . d . 1904 - 2 - 134 .

- Trib pau : 30 - 6 - 1913 . d . 1915 - 2 - 49 .

(٢١٥) - Trib Dijon : 20 - 7 - 1927 - D . 1928 - 2 - 13 .

تابعه ولايقدح فى ذلك رضا العامل الفنى بأن يكون تابعاً لصاحب العمل (٢١٦) ، طالما لم تثبت للأخير سلطة الرقابة والتوجيه .

- الثانى : -

- أما الإتجاه الثانى فيذهب أنصاره الى أن سلطة الرقابة والتوجيه لاتستلزم أن يكون المتبوع على دراية فنية بعمل تابعه إذ تكفى فى ذلك مجرد الرقابة الإدارية (٢١٧) .

- وترتيباً على ذلك ، فالطبيب يعد تابعاً لإدارة المستشفى حتي ولو لم يكن مديرها طبيباً (٢١٨).

---

(٢١٦) د./ سليمان مرقس - الوافى - ص ٨٣٨ .

(٢١٧) - Savatier : Note . D . 1977 .

- Trib . Dijon : 21 - 7 - 1927 . d . 1928 - 2 - 13 .

- Cass civ : 17 - 12 - 1964 . J .C.P. 1965 - 2 - 4125 .

(٢١٨) - Planiol , Ripert et Esmein : op. cit . P. 903 .

- Mazeaud et Tunc : op. cit . N. 888 .

- د./ عبد الودود يحيى - السابق ص ٢٥٨ ومابعدها ، د./ اسماعيل غانم - السابق ص ٤٣٧ وما بعدها ، د./ محمد لبيب شنب - السابق - ص ٣٨٣ ، د./ السنهورى - السابق ص ١٤٣٤ ، د./ أحمد سلامه - السابق ص ٣٠٩ .

ولقد قضى بأن علاقة التبعية تقوم : « كلما كان للمتبوع سلطة فعلية علي التابع فى الرقابة والتوجيه ولو كانت الرقابة قاصرة على الرقابة الإدارية [٢١٩] .

٦٦ - *رأينـــا الخـــــاص* :-

- ونحن نميل الى الرأى الثانى والذى يتجه الى القول بتوافر علاقة التبعية حتى ولو لم يكن المتبوع علي دراية فنية بعمل التابع وذلك للأسباب الآتية :-

١ - استقر الرأى على إمكانية مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه حتى ولو لم يكن مميزاً وعديم التمييز هو من ليست لديه دراية من أى نوع سواء كانت فنية أو ادارية ، ومع ذلك يسأل عن أخطاء تابعه ، فإذا كان الأمر كذلك فمن باب أولى يسأل المتبوع الذى لديه الرقابة الإدارية ولو لم يكن على دراية فنية بعمل التابع .

٢ - من شأن الأخذ بالإتجاه الأول التضييق من نطاق المسئولية عن عمل الغير ، وبالتالي ضياع حق المضرور وهو ماينافى العلة التى لأجلها قرر المشرع الأخذ بهذا النوع من المسئولية ، فضلاً عن تعريض العامل الفنى للمساءلة ورجوع المضرور عليه ، وقد يفاجأ - وهو مايحدث غالباً - بإعساره مما يحرم المضرور من الرجوع على صاحب العمل وهو غالباً مايكون أكثر يساراً وملاءة نقدية من تابعه .

(٢١٩) نقض مدنى : ٨ / ١ / ١٩٧٩ - الطعن رقم ٣٩٥ السنة ٤٥ ق .

المبحث الثانى

خطـــأ التابـــــع

٦٧ - تمهيد وتقسيم :-

- يعد خطأ التابع هو المكمل لإطار مساءلة المتبوع عن فعل التابع وحتى يمكن القول باكتمال هذا الإطار لابد أن يقع الخطأ من التابع حال تأديته لوظيفته أو بسببها .

- ويثور التساؤل حول مضمون هذا الخطأ وطبيعته ؟ وكيف يمكن القول بأن الخطأ قد وقع أثناء ممارسة التابع لوظيفته أو بسببها ؟ .

- للإجابة علي تلك التساؤلات نقسم هذا المبحث الى مطلبين على النحو التالى :-

المطلب الأول : مضمون الخطأ وطبيعته .

المطلب الثانى : صور الخطأ الصادر من التابع .

المطلب الأول

مضمون الخطأ وطبيعته

٦٨ - إذا أراد المضرور الرجوع على المتبوع فلا يطلب منه سوى إثبات خطأ التابع وبأنه سبب الضرر الذى حاق به فضلاً عن وقوع هذا الخطأ أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها ، فإن تمكن المضرور من إثبات ذلك توافرت موجبات مساءلة المتبوع دون حاجة لأثبات خطئه لأن - مسئوليته - حالئذ - لاتقوم على خطأ مفترض ولا حتى على خطأ واجب الإثبات إذ أن مناطها - كما سبق القول - هو الضمان اللهم إلا إذا كان المتبوع مشتركاً فى الخطأ مع التابع (٢٢٠) .

- والخطأ هو إنحراف عن سلوك الشخص المعتاد الموجود فى نفس الظروف الخارجية لمرتكب الضرر مع إدراك ذلك (٢٢١) .

---

(٢٢٠) Michel le galecher - BARON . op. cit - . P. 192 .

(٢٢١) د./ محمد لبيب شنب - السابق ص ٣٤٣ .

- والخطأ بهذا الوصف يحتوى على عنصرين : الأول مادى ويتمثل فى الإخلال بواجب قانونى سواء أخذ هذا الإخلال شكل فعل أيجابى كإتيان سلوك معين أو فعل سلبى كالإمتناع عن سلوك واجب .

- أما العنصر الثانى فهو يتمثل فى الإدراك أو التمييز ومضمونه كون مرتكب الخطأ مدركاً وواعياً وقادراً على حرية الإختيار بين اتيان الفعل أو عدم إتيانه (٢٢٢).

- فإذا وقع الخطأ من التابع على النحو السابق فيستوى أن يكون خطأ عمدياً أم غير عمدى .

- ونظراً لأن ركن التعدى فى الخطأ وحده لايكفى للقول بوجود الخطأ بل لابد من ضميمه ركن الإدراك ، فلقد ثار التساؤل حول مدى إمكانية مساءلة التابع عديم التمييز حتى يمكن من خلال ذلك مساءلة متبوعه ؟ .

---

(٢٢٢) د ./ عبد الودود يحيى - السابق - نبذه ١٤٦ ، د./ محمد لبيب شنب - السابق - نفس الموضع ، د./ سهير منتصر - السابق - ص ١٠٥ .

- Mazeaud et Tunc : op. cit P. 532 .

- Lalou : op. cit . N . 823 .

- Planiol , Ripert et Boulanger : traite de droit civil , tome 2 . Paris . 1952 , N. 968 .

– للإجابة على هذا التساؤل نفرق بين الوضع فى فرنسا ثم فى مصر ، وأخيراً نبين رأينا الخاص فى المسألة .

٦٩ - أولا - وضع المسألة فى فرنسا :-

– اختلف الرأى في فرنسا بين مؤيد ومعارض لمساءلة عديم التمييز ، ويمكن أن نستعرض كلا الإتجاهين للوقوف على الأسباب التى إرتكن إليها كل منهما للقول بمذهبه .

– الإتجاه الأول :-

– يرى أنصار هذا الإتجاه سواء من الفقه أو من أيدهم من القضاء أنه لاتجوز مساءلة عديم التمييز لإفتقاد عنصر الإدراك لديه وهو العنصر النفسى للخطأ ، حيث لايمكن نسبة الخطأ إلا لمن اقترف فعل الإعتداء عن إدراك وتمييز وهو مايفتقده عديم التمييز (٢٢٣) .

---

(٢٢٣) - Josserand , Louis : op. cit . N. 457

- Carbonnier : op. cit . N. 94 .

- Ripert et Boulanger : Traite de droit civile d'apres la traite de planiol , tome 2 . 1 éd . 1975 . N. 955 .

- Baudry - lacantinerie et bard - op. cit . N. 2875 . - trib Aix : 19 - 6 - 1877 . D . 1879 - 4 - 365 .

- الإتجاه الثانى : -

- وعلى العكس تماماً من مذهب الإتجاه الأول ذهب أنصار الإتجاه الثانى الى القول بأن عنصر الإدراك والتمييز ليس بالعنصر الجوهرى الذى يعول عليه عند افتقاده إذ يكفى توافر العنصر المادى الذى يتمثل فى واقعة الإعتداء أو الإنحراف حتى يمكن القول بتوافر الخطأ فى حق عديم التمييز وبالتالى مساءلته .

- بل إن أنصار هذا الإتجاه قد ذهبوا الى أبعد من ذلك حينما قرروا بأن للخطأ ركن واحد فقط هو ذلك المتمثل فى واقعة الإعتداء أى الركن المادى وبأن التمييز أو الإدراك ليس ركناً فى الخطأ (٢٢٤) .

- ولقد تواترت بعض الأحكام القضائية تأييداً لهذا الإتجاه فقضت بمساءلة المجنون عن خطئه حتى فى حالات الجنون المطبق خاصة إذا كان بخطئه قد تسبب فى إصابة نفسه بالجنون كما لو كان مدمناً لتعاطى نوع معين من المخدرات ذات التأثير المدمر على خلايا المخ ، بل وصل القضاء الى أبعد من ذلك وهو البحث عن مساءلة من يتولى رقابة مثل هذا الشخص (٢٢٥) .

---

(٢٢٤) - Mazeaud et Tunc : op. cit N. 423 .

(٢٢٥) - Cass , civ : 15 - 12 - 1956 , d . 1960 - 397 .

- Trib Paris : 14 - 3 - 1935 , D . 1955 - 241 .

- Trib Aix : 8 -1 -1962 , J . C . P. 1962

- ولقد انحاز المشرع الفرنسى للإتجاه الأخير وقرر فى قانون ٣ / ١ / ١٩٦٨ بإلزام المجنون بتعويض ماسببه للغير من أضرار وهو تحت تأثير الإضطراب العقلى .

٧٠ - ثانياً - وضع المسألة فى مصر :-

- تتوقف مساءلة المتبوع على إثبات المضرور لخطأ التابع الذى سبب له الضرر إذ أن مساءلة المتبوع لا تتأتى إلا بعد توافر الخطأ فى حق التابع بحسبان أن مسئولية الأول فرع من الثانى .

- وعلى هذا يجب على المضرور إثبات خطأ التابع وبأنه السبب المباشر فيما حدث له من ضرر (٢٢٦) ، ومفهوم المخالفة لذلك أن انتفاء المسئولية المدنية عن التابع ينفيها كذلك عن المتبوع بطريق التبعية (٢٢٧) .

---

(٢٢٦) نقض مدنى : ٢١ / ٣ / ١٩٦٨ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ق رقم ٨٦ ص ٥٧٦ .

(٢٢٧) نقض مدنى : ١٩ / ١١ / ١٩٣٤ - المحاماه - ١٥ - رقم ٩٤ / ١ ص ١٩٨ .

وكذلك أنظر : د./ السنهورى - السابق ، ص ١٤٣٥ ، د./ حسام الأهوانى - السابق - ص ٦١٣ ، د./ محمد لبيب شنب - السابق ص ٢٨٦ ، د./ مصطفى الجمال - السابق ص ٤١٣ ، د./ عبد الناصر العطار - السابق ص ٣٠٤ ، د./ اسماعيل غانم - السابق ص ٤٤٠ ، د./ جميل الشرقاوى - السابق ص ٥٢٠ .

– غير أنه قد يكفى الغير بأن يثبت ما أصابه من ضرر حتى تقوم مسئولية التابع وذلك يتحقق إذا كانت تلك المسئولية تقوم على أساس خطأ مفترض سواء كانت طبيعة المسئولية تسمح بجواز نفى هذا الخطأ أم لم تكن تسمح بذلك .

– وترتيباً على ذلك يعد المدرس فى المدرسة الأميرية مسئولاً عن تلاميذه بحسبانه متولى الرقابة ، فإذا قامت مسئولية هذا المدرس على هذا الأساس ، فإنها تقوم علي خطأ مفترض فى جانبه ، إلا أنه يقبل إثبات العكس ، وبالتالى يكفى إدعاء المضرور حتى يفترض خطأ المدرس فإن أفلح فى إثبات العكس كان بها وإن لم يستطع ذلك سئلت الحكومة بوصفها متبوعاً لهذا المدرس التابع .

– وقد تقوم المسئولية على أساس خطأ مفترض لايقبل إثبات العكس وتلك هى حالة الضرر الناشئ عن الحراسة فلو أن سائقاً قاد سيارته بطريقة خطرة فصدم أحد المارة فيسأل على أساس الحراسة وطبيعة المسئولية فى هذا الصدد أنها تفترض فى جانبه خطأ لايقبل إثبات العكس ، اللهم إلا إذ نجح فى إثبات السبب الأجنبى فإن أخفق فى ذلك استقرت مسئوليته وجاز الرجوع على مالك السيارة بحسبانه متبوعاً لتابعه السائق[٢٢٨] .

(٢٢٨) د./ السنهورى – السابق ص ١٤٣٦ ، د./ حسام الأهوانى – السابق ص ٦١٤ ، د./ مصطفى الجمال – السابق ص ٤١٣ ، د./ اسماعيل غانم – السابق ص ٤٤٠ ، د./ جميل الشرقاوى – السابق ص ٥٢٠ .

- وإذا أردنا - فى هذا النطاق - أن نبحث عن مدى إمكانية مساءلة عديم التمييز عن فعله الضار بالغير نجد أن المشرع المصرى قد حسم الإجابة على هذا التساؤل فى نص المادة (١٦٤) من القانون المدنى بفقرتيه والذى جاء على النحو التالى :

« ١ - يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز .

٢ - ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعياً فى ذلك مركز الخصوم » .

- ونتيجة للنص السابق يكون المبدأ العام فى القانون المدنى المصرى هو عدم مساءلة عديم التمييز إذا أضر فعله بالغير . نظراً لأن ركن الخطأ وهو التمييز غير متوافر فى حقه وبالتالى لايمكن أن ينسب اليه إرتكاب خطأ ما (٢٢٩) .

---

(٢٢٩) د./ السنهورى - السابق ص ١٠٨٢ - ص ١٠٨٣ ، د./ عبد المنعم الصده - السابق ، فقرة ٤١٧ ، د./ أحمد سلامه - السابق ص ٢٥٦ ، د./ أحمد حشمت أبو ستيت - السابق - فقرة ٤٢٩ ، د./ عبد الحى حجازى - السابق ، فقرة ٦٥٢ ، د./ محمد لبيب شنب - السابق ص ٣٤٣ ، د./ اسماعيل غانم - السابق ص ٤٢٠ .

وأنظر كذلك : نقض جنائي فى ١٨ / ٣ / ١٩٤٦ - المحاماة ٢٧ رقم ٥٧ ص ٩٩ حيث قضى بعدم مسئولية المتبوع نتيجة براءة التابع لجنونه .

- وترتيباً على ماسبق لايسأل الصبى غير المميز (دون السابعة) عن أفعاله الضارة بالغير كما لايسأل المجنون ومن فى حكمه كذلك إذ يعد الفعل الصادر منه بمثابة القوة القاهرة التى يجب أن يتحمل المضرور تبعاتها (٢٣٠) .

- غير أن المشرع قد استشعر منافاة هذا الإتجاه لقواعد العدالة إذ كيف لايسأل عديم التمييز عن فعله الضار فى وقت لايجد فيه المضرور من يجبر ضرره حتى إذا وجد من يسأل عن عديم التمييز فقد يفاجأ بأنه معسر ، ولهذا قرر فى الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر جواز مساءلة عديم التمييز ومناط هذه المساءلة ألا يوجد من يسأل عن أفعال عديم التمييز أو وجد وكان معسراً مما يتعذر معه حصول المضرور على التعويض المناسب ، ففى هذه الحالة أجاز المشرع للقاضى أن يحكم بتعويض عادل مع مراعاة مركز الخصوم فى الدعوى .

- ولقد ذهب الفقه فى تبرير هذا المسلك التشريعى الى أن أساس المساءلة فى تلك الحالة هو تحمل التبعة وليس الخطأ لأن ركنه الإدراك وعديم التمييز غير مدرك ونتيجة لذلك كان من

---

(٢٣٠) مصطفى مرعى - السابق ص ٥٧ - ٥٨ .

الطبيعى أن تكون المسئولية مخففة وبضوابط محددة [٢٣١] .

٧١ - ثالثا - رأينا الخاص فى المسألة :-

- الملاحظ أن نص المادة (١٦٤) سالفة الذكر جعل المبدأ العام هو عدم مساءلة عديم التمييز نظراً لأن فعله الضار يفتقد لركن الإدراك وبالتالى يصعب توافر الخطأ فى حقه غير أن المشرع – وعلى سبيل الإستثناء – أجاز مساءلته بشرط ألا يوجد من يسأل عنه أو وجد وكان معسراً ، وفى هذه الحالة تكون ناصية الأمر بيد القاضى ، فإذا إراد مساءلة عديم التمييز عن تعويض المضرور كان له ذلك بشرط أن يحكم بتعويض عادل يراعى فيه مركز الخصوم فى الدعوى .

– وإن كان لنا من كلمة نقولها فى هذا المجال ، فإننا كنا نود لو أن المشرع قرر مساءلة عديم التمييز كمبدأ عام وليس على سبيل الإستثناء دون أن يقيد ذلك بقيود خاصة وألا يترك للقاضى سلطة تقديرية فى إعمال مبدأ التعويض أو عدم إعماله وسندنا فيما نذهب اليه أن مساءلة عديم التمييز فى المسائل المدنية القصد منها جبر الضرر الذى حاق بالمعتدى عليه أو على ماله وتلك مسألة

---

(٢٣١) د./ محمد لبيب شنب – السابق ص ٣٥٥ ، د./ السنهورى – السابق ص ٨٠٤ ، د./ اسماعيل غانم – السابق ص ٤٢٦ ، د./ أحمد سلامة – السابق ص ٢٦٨ .

لا علاقة لها بالتمييز وعدمه ، إذ أنها تتعلق بتوافر أهلية الوجوب لدى المراد مساءلته وهي متوافرة بلا شك لدى كل إنسان حي بما في ذلك عديم التمييز كالمجنون وغيره إذ أنه يصلح لإكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات (٢٣٢) .

– وثمة مبرر آخر لما نذهب اليه أن المشرع حينما قرر جواز مساءلة عديم التمييز على سبيل الاستثناء كان في ذلك يقتفي أثر رجال الفقه الإسلامي بحسبان أن هذا الإتجاه يتوخى تحقيق العدالة من ذلك مانصت عليه المادة (٩١٦) من مجلة الأحكام العدلية من أنه : « إذا أتلف صبي مال غيره فيلزم الضمان من ماله فإن لم يكن له مال ينتظر الى حال يساره ولايضمن وليه » .

– وكما هو واضح من نص المجلة السابق أن الفقه الإسلامي حينما قرر مساءلة عديم التمييز لم يجعلها على سبيل الإستثناء بل هي مساءلة أصليه ولم يضع لها ضوابط مثلما فعل

---

(٢٣٢) أنظر تفصيل الكلام في أهلية الوجوب – المؤلفات الخاصة بنظرية الحق ومنها : د./ عبد الودود يحيى : محاضرات في المدخل لدراسة القانون – نظرية الحق ، طبعة عام ١٩٦٩ ص ٦٠ – ص ٦١ د./ أحمد شرف الدين : مقدمة القانون المدني « نظرية الحق » ص ٩٦ ، د./ أحمد سلامه : المدخل لدراسة القانون « نظرية الحق » ص ٢٣٥ ، د./ علي حسين نجيده : « المدخل لدراسة القانون « نظرية الحق » طبعة عام ١٩٩١ ، ص ١٤٩ .

مشرعنا وكان يحدونا الأمل طالما قرر المشرع اقتفاء أثر الفقه الإسلامى فى مسألة ما أن يأخذها كاملة خاصة وأن رجال الفقه الإسلامى يرون أن أساس المساءلة هو توافر أهلية الوجوب لدى عديم التمييز ومن أحكام تلك الأهلية الزامه بضمان المتلفات وهو الحكم المقابل لإكتساب الحقوق فأساس المساءلة إذاً هو الضمان وليس تحمل التبعة ، إلا أن المشرع آثر أن يأخذ من المبدأ بعضه ويترك الآخر ويضيف من عنده فجاءت الفقرة الثانية قلقة غير منضبطة مستهدفة للنقد (٢٣٣) .

---

(٢٣٣) أنظر في تفصيل أهلية الوجوب فى الفقه الإسلامى : د./ محمد يوسف موسى : الفقه الإسلامى ، مدخل لدراسته – نظام المعاملات فيه – طبعة عام ١٩٥٨ ص ٢٢٠ وما بعدها ، د./ محمد سلام مدكور – المدخل للفقه الإسلامى ، طبعة ١٩٦٩ ، ص ٤٣٩ ، د./ محمد مصطفى شلبى – المدخل فى الفقه الإسلامى ، طبعة عام ١٩٨٥ ص ٧٠٥ .

– ويرى فقهاء المسلمين بأن أهلية الوجوب تعنى : « صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه وسميت بذلك لأنها تتعرض لما يجب للشخص كاستحقاقه قيمة المتلفات من أمواله على من يتلفها ... ... وتضمينه فى ماله قيمة مايتلفه للغير وهى ملازمة لوجود الروح فى الجسد من غير نظر الى عقل وتمييز وغير ذلك وتبنى أهلية الوجوب علي الذمة » ، أنظر د./ محمد سلام مدكور – المرجع المشار اليه حتى ص ٤٤٠ .

المطلب الثانى

صور الخطأ الصادر من التابع

٧٢ - تمهيد وتقسيم :-

- النص القانونى : -

- تنص الفقرة الأولى من المادة (١٧٤) من القانون المدنى على أن : « يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متي كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » .

- من خلال النص السابق نتبين أن المشرع قد حدد نطاقاً معيناً لمساءلة المتبوع عن خطأ تابعه وهو أن يقع ذلك الخطأ أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها ومفهوم المخالفة لذلك أن الخطأ خارج هذا النطاق لايسأل المتبوع عن نتائجه الضارة ، وهنا يثور التساؤل : متى يكون الخطأ داخلاً فى هذا النطاق ومتى يكون خارج عنه ؟ .

إلا أننا يجب قبل الإجابة على التساؤلات السابقة أن نضع أمامنا بعض المفترضات والتى على ضوئها تتم الإجابة .

- فبادئ ذى بدء نود التركيز على أن مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه شرعت على سبيل الإستثناء ولهذا يجب حيال تلك

المساءلة أن نقف موقفاً وسطاً فلا نوسع من نطاق الخطأ الذى يسأل المتبوع عن نتيجته الضارة توسعه تكاد تجعل المتبوع مسئولاً عن كل خطأ لتابعه وكأنه مسئول أصلى وليس على سبيل الإستثناء .

– وترتيباً علي ذلك لايكفى للقول بمساءلة المتبوع مجرد إرتكاب التابع لمطلق الخطأ بصرف النظر عن صلته بالوظيفة حتي ولو كانت ضعيفة أو بعيدة .

– *مثال ذلك* : أن يتشاجر التابع مع آخر لأمور خاصة بينهما فيحمل الأول أداة من أدوات العمل ويضربه بها فيرديه قتيلاً . – وفى المقابل يجب ألا نضيق من دائرة هذا الخطأ بما يجعل تلك المساءلة مضموناً بغير معنى .

– وعلي ذلك يجب ألا نشترط فى الخطأ الواقع أثناء تأدية الوظيفة أن يكون مجرد تنفيذ دقيق لتعليمات المتبوع فلا يجوز القول بعدم مساءلة المتبوع (شركة ترام) لمجرد أن خطأ التابع (السائق تمثل فى تجاوز السرعة المقررة أو عدم الوقوف فى المحطات المحددة له بما يمثل مخالفة لتعليمات الشركة [٢٣٤] .

– وتطبيقاً لذلك قضى بأنه : « يكفى لتطبيق المادة (١٥٢)

---

(٢٣٤) د./ سليمان مرقس – السابق ص ٨٦١ (الوافى) .

من القانون المدنى (القديم) أن يقع الخطأ المنتج للضرر من خادم وأن يكون الخطأ قد وقع أثناء تأدية الخادم عمله ، فمتى توافرت هذه الشروط ثبتت مسئولية السيد بحكم القانون وبغير حاجة الى البحث فيما إذا كان السيد قد أحسن أو أساء إختيار خادمه ومراقبته أو أن الخادم قد خالف أمر سيده لأن هذه المسئولية إنما هى مسئولية مفترضه إفتراضا قانونياً (٢٣٥) .

وعلى ضوء ماسبق يمكن القول بمعقولية مساءلة المتبوع إذا وقع الخطأ من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها فلا يكفى وقوع الخطأ بمناسبة الوظيفة بأن تكون الوظيفة قد سهلت إرتكابه أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لإرتكابه ، ومن باب أولى لاتجوز المساءلة إذا كان خطأ التابع منبت الصلة بوظيفته وهو مايسمى بالخطأ الأجنبى عن الوظيفة .

- فإذا وقع الخطأ من التابع فى داخل النطاق الذى يمكن من خلاله مساءلة المتبوع عن النتائج الضارة لهذا الخطأ فيستوى أن يكون المتبوع قد أمر التابع بإتيان الفعل غير المشروع أم لم يأمره بذلك .

---

(٢٣٥) نقض مدنى فى ١٢ / ١١ / ١٩٣٦ - مجموعة عمر - ٢ رقم ٥ ص ٨١ .

– وتطبيقاً لذلك قضيى بأنه : « لايشترط أن تكون الجريمة التى تقع من الخادم قد وقعت بتحريض من السيد وبأن أساس مسئولية السيد عن أخطاء خادمه قائمة قانوناً على مايفترض فى جانب المتبوع من الخطأ والتقصير فى إختيار التابع أو فى رقابته وهذا النوع من المسئولية لايشترط فيه تحريض من السيد ولا صدور أى عمل أيجابى منه (٢٣٦) .

– ولا يقدح فى مساءلة المتبوع كذلك أن يكون قد علم بخطأ التابع إذ يستوى علمه وعدم علمه (٢٣٧) وسواء عارض التابع فى إتيان العمل أم لم يعارضه (٢٣٨) ، وسواء ارتكب التابع الخطأ خدمة للمتبوع أو ارتكبه بدافع شخصى (٢٣٩) .

– وترتيباً على ماسبق نتكلم تفصيلاً عن كل من الخطأ الأجنبى عن الوظيفة والخطأ أثناء الوظيفة ، وأخيراً الخطأ بسبب الوظيفة .

---

(٢٣٦) نقض جنائي : في ٦ / ١١ / ١٩٣٩ – المحاماه ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣ .

(٢٣٧) د./ السنهورى – السابق ص ١٤٣٩ ، وكذلك حكم النقض المشار اليه الهامش السابق .

(٢٣٨) المرجع السابق ص ١٤٤٠ .

(٢٣٩) المرجع السابق – نفس الموضع .

٧٣ - أولا - الخطأ الأجنبى عن الوظيفة : -

- الأصل أن علاقة التبعية تتوافر كلما كان التابع مكلفاً من قبل المتبوع بعمل معين داخل نطاق زمنى ومكانى محدد، ومايقع خارج هذا النطاق من خطأ للتابع فإنه يكون مقطوع الصلة بالوظيفة وبالتالى لايسأل المتبوع عن نتائجه الضارة (٢٤٠) .

- غير أنه لايعد خطأ مقطوع الصلة بالوظيفة مجاوزة التابع للحدود المرسومة لوظيفته أو سوء استعماله لتلك الوظيفة أو سوء استغلال الإمكانيات التى وضعتها الوظيفة فى يده بأن كرسها لأغراضه الشخصية خاصة وأن المضرور قد لايكون على دراية تامه بالحدود الوظيفية للتابع (٢٤١) .

- أما إن كان المضرور على دراية كافية بحدود وظيفة التابع فلا رجوع له على المتبوع كمن يخرج مع صديقه السائق للنزهة بسيارة العمل وهو يعلم أنه لايجوز للسائق استخدام السيارة بصفة شخصية (٢٤٢) .

---

(٢٤٠) د./ حسام الأهوانى - السابق ص ٦١٧ ، د./ السنهورى - السابق ص ١٤٥٨ .

(٢٤١) د./ محمد لبيب شنب - السابق ص ٣٩١ .

(٢٤٢) د./ محمد لبيب شنب - السابق ص ٣٩١ .

- Flour et Aubert : op. cit . P. 247 .

– وترتيباً علي ذلك يعد الخطأ أجنبياً عن الوظيفة إذا كان التابع فى إجازة من عمله وخلالها قتل شخصاً فلا رجوع للمضرور على صاحب العمل (المتبوع) لإنتفاء علاقة التبعية (٢٤٣).

– وكذلك قضى بأنه : « إذا كان الخفير وقت إرتكابه جريمة القتل لم يكن يؤدى عملاً من أعمال وظيفته وكان خارج دائرة عمله الرسمى وقتل المجنى عليه بسبب الضغائن الشخصية فإن وزارة الداخلية لاتكون مسئولة بصفتها متبوعة (٢٤٤) .

– *كذلك يعد الخطأ أجنبياً عن الوظيفة فى الفروض التالية : –*

١ – إذا تمالأ بعض عمال المصنع على زميل لهم بعد انتهاء وقت العمل وقتلوه سئلوا عن تعويض أسرة المجنى عليه دون حاجة لرجوع المضرور على صاحب المصنع (المتبوع) لأن الجريمة وقعت خارج النطاق الزمنى والمكانى لعلاقة التبعية (٢٤٥) .

---

(٢٤٣) د./ حسام الأهوانى – السابق ص ٦١٧ .

(٢٤٤) نقض مدنى فى ٢٦ / ١ / ١٩٥٤ – المجموعة – السنة الخامسة رقم ٩٣ ص ٢٩١ – مشار اليه د./ حسام الأهوانى – السابق – ص ٦١٧ مقرؤة مع هامش (٣) .

(٢٤٥) نقض مدنى فى : ١٤ / ٥ / ١٩٤٢ – مجموعة عمر – ٣ – رقم ١٥٦ ص ٤٣٦ .

٢ - لو أرسل المخدوم خادمه الى السوق لشراء بعض الحاجيات إلا أن الخادم تشاجر فى الطريق مع أحد الأشخاص فلا يجوز للمضرور الرجوع على مخدومه لإنقطاع الصلة بين مهمة الخادم وسلوكه الضار (٢٤٦) .

- وعلى العكس مما سبق لو كلف صاحب المصنع سائقه بإيصال بضاعة بسيارة المصنع إلى مكان معين توافرت علاقة التبعية زمانياً بالوقت الكافى الذى يستغرق نقل البضاعة وإرجاع السائق السيارة للمصنع بعد انتهاء مهمته ومكانياً بحدود المسافة مابين المصنع ومكان إيصال البضاعة والعودة مرة أخري للمصنع ، فإذا دهم السائق - فى هذه الأثناء - أحد المارة أو انحرف بسيارته فتهدمت من جراء ذلك واجهة أحد المنازل جاز للمضرور الرجوع على المتبوع .

- وتجدر الإشارة الى أنه لايقصد بتحديد النطاق الزمنى للوظيفة أن كل مايقع خلال هذا النطاق يعد واقعاً أثناء تأدية الوظيفة بل علي العكس قد يقع الخطأ فى خلال النطاق الزمنى لآداء الوظيفة ويكون مقطوع الصلة بها كأن يستقبل الموظف فى مكتبه وفي وقت عمله دائناً له وتقوم مشادة بين الأثنين بسبب الدين فيتعدى الموظف على الدائن بالضرب فلا يكون صاحب العمل مسئولاً (٢٤٧) .

---

(٢٤٦) مصطفى مرعى - السابق بند ٢٣٠ .

(٢٤٧) المرجع السابق - نفس الموضع .

٧٤ - ثانيا - الخطأ أثناء تأدية الوظيفة : -

- تعددت الآراء في شأن وضع معيار محدد لما يعتبر خطأ صادراً من التابع أثناء تأدية وظيفته ، ويمكن القول بأن مضمون هذه الآراء يتحدد في إعتبار خطأ التابع صادراً حال تأدية وظيفته إذا انطوى على إخلال بواجبات هذه الوظيفة أثناء تأديته لها (٢٤٨).

- ويجب أن تتوافر الصلة بين خطأ التابع ووظيفته وإلا كان الخطأ أجنبياً عنها وهو مالا يتيح للمضرور الرجوع علي المتبوع وتتحقق تلك الصلة كلما كانت الوظيفة هى السبب المباشر لإرتكاب الخطأ سواء تعلق هذا الإرتباط بزمان ومكان أداء العمل أو بالأدوات والوسائل التى استخدمها التابع لتحقيق أهداف تلك الوظيفة (٢٤٩).

---

(٢٤٨) د./ حسام الأهوانى - السابق ص ٦١٥ ، د./ السنهورى - السابق ص ١٤٤٢ ، د./ سليمان مرقس - الوافى ، ص ٨٦٨ .

- Mazeaud : op. cit . N. 906 .

- Pirson et de ville : op. cit . P. 276 .

- Roux : Note Sirey 1914 -2 - 177 .

(٢٤٩) - Mazeaud : op. cit . N. 905 .

- Demogue : op. cit . N. 924 .

- Rutsaert (J) : op. cit . P. 136 .

- Aubry et Rau : Cours de droit civile francais 5ed , tome 6 . par Rau c. Farcim-maigne . P. 402,

– فلا يجوز مساءلة المتبوع عن كل فعل ضار يقع من تابعه ، ذلك لأن حقه فى إعطاء الأمر الى التابع نسبى بمعنى أنه يقتصر على الأعمـــال التى كلف بها التابع أو استـخـدم من أجلها دون غيره (٢٥٠) .

– وترتيباً على ماسبق يعتبر خطأ التابع واقعاً خلال تأدية الوظيفة إذا قام سائق السيارة (التابع) بمداهمة أحد المارة أثناء قيامه بمأمورية خاصة بالعمل مما تسبب عنه إصابته بأضرار جسيمة ، وكذلك الخادم الذي يلقى بجسم صلب من النافذة حال قيامه بتنظيف المنزل مما تسبب عنه إصابة أحد المارة ، وأيضاً خفير الدرك الذى يحاول ضبط المتهم فيطلق عليه عياراً نارياً بطريق الخطأ فيرديه قتيلاً وطبيب المستشفى الذى يعطى المريض دواء بطريق الخطأ فيسبب له أضراراً فادحه (٢٥١)

– فإذا ماوقع الخطأ فى الحدود السابقة جاز للمضرور الرجوع على المتبوع ، ولا يقدح فى ذلك كون الباعث على الخطأ

---

(٢٥٠) د./ عاطف النقيب – النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن فعل الغير ص ١١١ .

(٢٥١) د./ السنهورى – السابق ص ١٤٢٢ ، د./ محمد وحيد الدين سوار – السابق ص ١٣٨ ، د./ أنور سلطان – السابق ص ٣٦٧ ، د./ حسين عكوش – المسئولية العقدية والتقصيرية فى القانون المدنى الجديد – دار الفكر الحديث ، طبعة عام ١٩٧٠ ، ص ٣٠٠ .

تحقيق مصلحة للمتبوع أو مصلحة شخصية للتابع وسواء كان المتبوع يعلم بهذا الخطأ أم لايعلم بل إن الخطأ يعد متوافراً حتى لو كان المتبوع معارضاً لعمل التابع كما لو حدد لسائقه سرعة معينة يجب عدم تجاوزها ، فخالف ذلك مما نتج عنه إصطدامه بأحد المادة (٢٥٢) .

– ولايقدح كذلك في مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه أن الأخير لم يمكن تحديده من بين تابعيه ، فلو أن أحد العمال ألقى بجسم صلب فسقط على شخص وأصابه بضرر أمكن مساءلة المتبوع (صاحب العمل) حتى ولو استحال تعيين التابع المخطئ من بين التابعين المتعددين (٢٥٣) .

٧٥ - ثالثاً - الخطأ بسبب الوظيفة : -

– أثار تحديد المقصود بالخطأ بسبب الوظيفة الخلاف في الفقه والقضاء حتى أنه يمكن القول بعدم

---

(٢٥٢) - Mazeaud : op. cit . N. 908 et 915 .

- La lou henri : op. cit . N. 1055 .

وأنظر كذلك : د./ محمد لبيب شنب – السابق ص ٣٥٨ ، د./ عبد الودود يحيى – السابق –ص ٢٦٠ ، د./ أنور سلطان – السابق ص ٣٦٧ ، د./ محمد وحيد الدين سوار – السابق ص ١٣٧ ، د./ عاطف النقيب – المسئولية عن الغير ص ١٤٩ – ١٥٠ .

- Cass civ . 27 - 10 - 1905 . d . 1906 -1 - 16 .

(٢٥٣) د./ محمد الشيخ عمر – السابق – ص ٢٣٣ .

وجود ضابط محدد فى هذا المجال ، ولعل ذلك يرجع الى أن رابطة السببية مابين الخطأ وأعمال الوظيفة ليست شيئاً ماديا يرى ويحس ، بل على العكس من ذلك فهي رابطة تستخلص بالإستنتاج من معطيات الواقعة غير المشروعة (٢٥٤) .

- *ويمكن أن نتبين فى هذا الصدد إتجاهين :* -

- **الأول :** -

- ويرى أن الخطأ

يكون بسبب الوظيفة إذا كانت تربطه بها سببية مباشرة ، فلولا الوظيفة ما أرتكب التابع العمل غير المشروع (٢٥٥) ، ويكون ذلك بأن يتجاوز حدود الوظيفية كأن يبالغ التابع فى تنفيذ التعليمات الصادرة إليه مما يلحق بالغير ضرراً ، كما إذا صدرت للموظف

---

(٢٥٤) د./ محمد لبيب شنب - السابق ص ٣٨٨ ، د./ حسام الأهوانى - السابق ص ٦١٥ .

(٢٥٥) - Savatier : op. cit . N. 318 .

وأنظر كذلك : د./ عبد الحى حجازي - السابق ص ٥٢٦ ، د./ أحمد حشمت أبو ستيت - السابق ، فقرة ٥٢٣ . د./ سليمان مرقس - بحوث وتعليقات على الأحكام ص ٤١٥ ص ٤١٥ ، د./ أنور سلطان - السابق ص ٣٦٨ ، د./ حسين عكوش - السابق ص ٣١١ - ٣١٤ ، د./ عاطف النقيب النظرية العامة للموجبات والعقود ص ٤٣٥ ، ولنفس المؤلف - المسئولية الناشئة عن فعل الغير ص ١٥٣ ، د./ محمد وحيد الدين سوار - السابق ص ١٣٨ .

تعليمات بإغلاق أحد المتاجر فيتجاوز الحدود المعقولة لإتمام الغلق مما يؤدى الى إتلاف المتجر (٢٥٦) .

- أو أن يسئ الموظف استعمال شئون وظيفته كأن يخرج السائق بسيارة متبوعة في غير ماكلف به فيرتكب حادثاً يسبب ضرراً للغير (٢٥٧) .

- الثانى :-

- بينما يذهب أنصار هذا الإتجاه الى أن خطأ التابع يكون بسبب الوظيفة إذا لم يكن من الممكن وقوعه لولا الوظيفة (٢٥٨) .

- وعلى ذلك قضى بمسئولية الحكومة عن قتل أحد الصيارفة بمعرفة الخفيرين اللذين كانا مكلفين بحراسته (٢٥٩) .

---

(٢٥٦) مشار اليه : د./ سلميان مرقس - الوافى ص ٨٨٢ .

(٢٥٧) المرجع السابق - ص ٨٨٣ .

(٢٥٨) د./ محود جمال الدين زكى - السابق ص ٥٣٦ ، د./ محمد لبيب شنب - السابق ص ٣٨٩ ، د./ السنهورى - السابق ص ١٤٤٩ ، د./ مصطفى الجمال - السابق ص ٤١٥ ، د./ جميل الشرقاوى - السابق ص ٤٨٨ .

(٢٥٩) استئناف وطنى في ١٨ / ١١ / ١٩١٤ - مشار اليه د./ السنهورى - السابق ص ١٤٤٤ - ص ١٤٤٥ . مقرؤة مع هامش (١) .

- كذلك قضى بمسئولية الدائرة التى يتبعها ناظر الزراعة الذى أعتدى على عمال أحد المقاولين لما نسب إليهم من الإعتداء على أرض زراعية تابعة لدائرته (٢٦٠) .

- ويلاحظ أن المعيار الأول ينطلق من واقع الصلة السببية الضرورية بين الوظيفة وبين الفعل الخاطئ فيرى الصلة محققة فى كل مرة لايسع فيها التابع إرتكاب فعله لولا العمل الذى استخدم فيه .

- والمعيار الثانى : يجعل تلك الصلة قائمة أيضاً فى الحالة التى لم يكن للتابع أن يفكر فى إرتكاب خطئه لولا الوظيفة والظرف الذى أوجدته فيه .

- وهذا المعيار وذاك وجدا فى القضاء تطبيقاً إنما لم يأت هذا التطبيق بحلول واحدة إذ توسع في تفسير الصلة السببية الى حد إقرار المسئولية على المتبوع كلما أتاحت الوظيفة لتابعه إرتكاب الفعل وفى بعضها مال الى تضييق إعمال المعيار المطبق .

---

(٢٦٠) استئناف مختلط فى ٢٣ / ٥ / ١٩٠٠ - مشار اليه د./ السنهورى ص ١٤٥١ مقروؤة مع هامش (٢) .

– والفقه من جانبه لم يجمع على وجهة واحدة تركز كلا من المعيارين على قاعدة ثابتة بل تعددت وجهاته فخلق هذا التعدد فى الوجهات التعارض والتباين فى الإجتهاد والحيرة لدى من يتتبع هذا الإجتهاد وتلك الوجهات (٢٦١) .

– وفى النهاية يمكن القول بأنه يصعب وضع معيار جامد وقاطع فى هذا المجال ، وإنما يكون لمجرد الإسترشاد والإستئناس به عند تحديد رابطة السببية بين خطأ التابع والوظيفة (٢٦٢) .

---

(٢٦١) د./ عاطف النقيب – المسئولية الناشئة عن فعل الغير ص ١٥٣ .

(٢٦٢) د./ محمد لبيب شنب – السابق ص ٣٨٩ .

الفصل الثانى

ضوابط مساءلة المتبوع عن خطأ التابع فى الفقه الإسلامى

٧٦ - تمهيد وتقسيم : -

- يجب للقول بوجوب الضمان حدوث الإتلاف نتيجة التعدى على المال أو النفس .

- ويمثل التعدى إنحرافاً بالسلوك عند الحد الواجب الوقوف عنده مما ينتج عنه الإتلاف ، أى الضرر .

- وهذا الإتلاف يقع بإحدى وسيلتين فهو إما أن يقع مباشرة أو بطريق غير مباشر ، أو مايسمى بطريق التسبب .

- ويثور التساؤل عن المقصود بالتعدى والضرر ، وماهو مفهوم كل من المباشرة والتسبب وهل يعد التعدى ركناً فى كل منهما أم لا ؟ وأخيراً إذا وقع التعدى ونتج الإتلاف فما مدى مسئولية عديم التمييز عن الضمان ؟ .

- *ونتولى الرد على هذه التساؤلات فى ثلاثة مباحث على النحو التالى : -*

المبحث الأول : المقصود بكل من المباشرة والتسبب .

المبحث الثانى : مفهوم التعدى والضرر وعلاقة السببية بينهما .

المبحث الثالث : مدى مسئولية عديم التمييز .

المبحث الأول

المقصود بكل من المباشرة والتسبب

٧٧- أولا - المقصود بالمباشرة :-

- تناول فقهاء المسلمين تعريف المباشرة بألفاظ وعبارات مختلفة ، إلا أنها تدور حول معنى واحد وهو إتيان الشخص للفعل الذى يتحقق عنه التلف مباشرة دون واسطة حتى أنه يطلق على الشخص حائذ الفاعل المباشر (٢٦٣) .

- ولقد ضرب الإمام الشافعي مثلاً تتحقق به المباشرة بقوله:
« وإذا كان الفارس أو الراجل واقفاً فى ملكه أو غير ملكه أو مضطجعاً أو راقداً صدمه رجل فقتله والمصدوم يبصر ويقدر على أن ينحرف أو لايبصر ولايقدر على أن ينحرف أو أعمى لايبصر فسواء ودية المصدوم مغلظة على عاقلة الصادم ، ولو مات الصادم كانت ديته هدراً لأنه جنى علي نفسه ولو أن الواقف انحرف عن موضعه فالتفى هو وآخر مقبلين فصدمه فماتا

---

(٢٦٣) أنظر فى هذا تفصيلاً : بدائع الصنائع - السابق جـ ٧ ص ١٦٥ ، غمز عيون البصائر - السابق ، جـ ١ ص ١٩٦ ، مجلة الأحكام العدلية المادة (٨٨٧) .

مصطدمين فنصف دية كل واحد منهما على عاقلة صادفة .... » (٢٦٤) .

– يظهر من كلام الإمام الشافعي رضى الله عنه أنه يجب حتى يمكن القول بتوافرالمباشرة أن يكون الضرر الحادث نتيجة مباشرة لفعل الجاني ، وبعبارة أخرى أن يكون فعل الجاني علة للضرر الحادث سواء كان يقصد الجاني ذلك أم لم يقصد ، فضلاً عن التزامه بالضمان ، ولايقدح فى ذلك استطاعة المجنى عليه تحاشى التعدى أو على الأقل التخفيف من نتائجه الضارة .

٧٨- ثانيا - المقصود بالتسبب :-

– التسبب معناه وقوع الفعل بطريق غير مباشر بحيث لايكون فعل الشخص هو المؤدى مباشرة الي الضرر بل كان سبباً لذلك ، ولكن فى نفس الوقت يشترط أن يكون السبب مفضياً الي الضرر بحسب المألوف العادى ، وهو ماعبرت عنه مجلة الأحكام العدلية بأن التسبب : « إحداث أمر فى شئ يفضى الي تلف شئ آخر ويقال لفاعله متسبب » (٢٦٥) .

---

(٢٦٤) الأم للإمام أبى عبد الله محمد بن أدريس الشافعي – الجزء السادس – طبعة دار الغد العربى ص ١٢٧ .

(٢٦٥) مجلة الأخكام العدلية ، المادة (٨٨٨) .

– ومن الأمثلة التى تضرب فى هذا المقام ماورد فى كتب الفقه الإسلامى من أنه إذا : « تجاذب رجلان حبلاً فقطع إنسان الحبل بينهما بقصد إيقاعهما فوقع كل واحد منهما على القفا فماتا فديتهما علي عاقلة القاطع لتسببه بالقطع » (٢٦٦) .

– ولو ألقى شخص حية أو ثعبانا علي الطريق فلدغت شخصاً فمات ضمن الملقى ويعفى من الضمان إذا تحولت الحية عن مكان إلقائها الي موضع آخر (٢٦٧) .

– وكذلك إذا قام الشخص بقطع حبل المصباح المعلق مما أدى الى سقوط هذا المصباح وإنكساره ويكون إتلاف الحبل بالمباشرة وإتلاف المصباح بالتسبب (٢٦٨) .

---

(٢٦٦) تبيين الحقائق للزيلعى – السابق ، جـ ٦ ص ١٥١ .

(٢٦٧) جامع الفصوليين – السابق ، جـ ٢ ص ٨٥ .

(٢٦٨) مجلة الأحكام العدلية – المادة السابقة.

المبحث الثانى

مفهوم التعدى والضرر وعلاقة السببية بينهما

٧٩ - تمهيد :-

- يشترط حتى يضمن الشخص أن يأتى فعلاً (التعدى) يؤدى إلى الإضرار بغيره وأن تكون بينهما علاقة سببية فما المقصود بكل من التعدى والضرر وعلاقة السببية بينهما .

- *وهذا ماتنتولاه فى ثلاثة مطالب على التوالى :* -

المطلب الأول : مفهوم التعدى .

المطلب الثانى : مفهوم الضرر .

المطلب الثالث : علاقة السببية بين التعدى والضرر .

المطلب الأول

مفهـــوم التعـــدى

٨٠ - أولا - مفهوم التعدى :-

- تعددت تعريفات الفقهاء للتعدى ، ولكنها تدور حول معني محدد وهو أن الذى يتعدى يجاوز الحد المشروع أو يتجاوز نطاق المشروع الي غيره وهو مايشعر بوقوع الظلم ومجاوزة الحق (٢٦٩) .

- ونلاحظ أن تحديد مفهوم التعدى بالمعنى السابق يتسع ليشمل جميع الأفعال التى توجب الضمان فيصدق وصف التعدى على كل من العمد والخطأ والإهمال والتقصير وعدم التحرز كمن ينقلب وهو نائم على شئ فيكسره (٢٧٠).

- ويكون بذلك معيار التعدى معياراً موضوعياً ينظر الى الفعل وآثاره دون اعتداد بنية الإنسان أو ظروفه الشخصية فالضمان واجب عن الإتلاف مطلقاً وهذا ما أكده بن عابدين فى حاشيته تبريراً لمساءلة النائم عما أتلف أثناء نومه فهو يوجب عليه

---

(٢٦٩) أنظر فى تفصيل ذلك : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير - السابق جـ ٣ ص ٤٥٩ ، القوانين الفهقية لإبن جزئ ص ٣٦٠ .

(٢٧٠) مجمع الضمانات - السابق ص ١٤٦ .

الكفـارة والضـمـان وذلك إذا نتج عن تقلبـه - أثناء النوم - قـتل إنسان كطفل صغير كان ينام بجواره أو فى مكان منخفض سقط النائم عليه وهو إذ يوجب الكفارة والضمان بسبب أن هذا النائم لم يتحرز عن نومه خاصة إذا نام فى مكان احتمل أنه من الجائز إذا تقلب فيه أن يقتل ويقوى هذا الإحتمال إذا كان هذا الطفل المقتول قد تعود أن ينام بجـواره أو قريباً منه فى معظم الأحيان وإذا وصف هذا الشخص بعدم التحرز فقد تحقق سبب الكفارة لأنها إنما تجب لترك التحرز (٢٧١).

- ويثور التساؤل عما إذا كان التعدى بالمفهوم السابق يقع بالفعل السلبى أو فعل الإمتناع ؟ .

- أختلف الفقهاء فى الإجابة على التساؤل السابق وأساس أختلافهم هو هل الترك يعد بمثابة فعل أم لا ؟ . فمن إرتأى أن الترك أو الإمتناع يعتبر من عداد الأفعال شأنه فى ذلك شأن الأفعال الإيجابية أوجب الضمان على التارك (٢٧٢) ، أما من إرتأى أن الترك ليس بفعل وإنما الإعتداد يكون بالأفعال الإيجابية فلا يجوب الضمان لمجرد الإمتناع أو الترك لأن الإتلاف يعتمد علي

---

(٢٧١) رد المحتار علي الدر المختار - السابق - جـ ٥ ص ٣٥٢ .

(٢٧٢) الفروق للقرافى ، جـ ٢ ص ٢٠٧ ، تبصرة الحكام لإبن فرحون ، جـ ٢ ص ١٢٥ .

المباشرة أو التسبب ، ولا يمكن القول بتحقق ذلك فى الترك [٢٧٣] .

– على أنه إذا وقع التعدى بالمفهوم السابق فلا يشترط معرفة الفاعل بل يمكن أن يكون مجهولاً ، ومع ذلك يجب الضمان ويظهر هذا فى القسامة والتى قد تنتهى بتحميل أهل المحلة دية القتيل الذى لايعرف قاتله [٢٧٤].

٨١ – ثانيا : *اشتراط التعدى فى التسبب دون المباشرة* :–

– انتهينا الى أن المباشرة تعنى وقوع الضرر كنتيجة مباشرة لعقل الشخص دون واسطة على العكس من التسبب الذى يقع فيه الضرر بطريق غير مباشر ، ولكن بسبب فعل الشخص فهل يشترط فى كل من المباشر والمتسبب أن يكون كل منهما متعدياً ؟ أم يشترط ذلك فى أحدهما دون الآخر ؟ .

– من استقراء أقوال الفقهاء فى هذا الصدد يتضح أن التعدى شرط للقول بتحقق التسبب ، أما المباشرة فهى تتحقق ولو لم يكن المباشر متعدياً ، وهذا ماعبرت عنه مجلة الأحكام العدلية من أن « المباشر ضامن وإن لم يتعد . » وأن « المتسبب

---

(٢٧٣) رد المحتار على الدر المختار – السابق ، جـ ٥ ص ٥٣٧.

(٢٧٤) بدائع الصنائع – السابق ، جـ ٧ ص ٢٩٥ .

لايضمن إلا بالتعمد » (٢٧٥) .

- والسـبب فـى

اشتراط التعدى فى المباشرة دون التسبب يكمن فى أن المباشرة هى علة مستقلة وسبب للتلف قائم بذاته فلا يجوز إسقاط حكمها بداعى عدم التعمد وبما أن السبب ليس بالعلة المستقلة لزم أن يقترن العمل فيه بصفة الإعتداء ليكون موجباً للضمان (٢٧٦) .

---

(٢٧٥) المادتان ٩٢ ، ٩٣ من المجلة .

(٢٧٦) مجـلة الأحكام العدلية : أنظر شرح المجلة لعلى حيدر ، جـ ١ ص ٩٣ .

المطلب الثانى

مفهـــوم الضـــــرر

٨٢ - أولا : تعريف الضرر : -

- لايمكن القول بوجوب الضمان إلا بتحقق الضرر إذ يدور معه وجوداً وعدماً ، فإذا تحقق الضرر وجب الضمان ، وإذا انتفى الضرر انتفى الضمان .

- ويعرف الضرر بأنه : « إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً» (٢٧٧) ، ويقع عبء إثبات الضرر على من وقع عليه .

- ***ولقد اختلف الفقهاء حول ماتشترط فى محل الضمان وذلك على قولين : -***

- الأول : -

- يرى الأحناف أنه يشترط فى محل الضمان أن يكون مالاً ، والمال عندهم مايقبل المعاوضة فكل ماقبل المعاوضة وذلك بأن يكون قابلاً للبيع والشراء يكون محلاً للضمان

---

(٢٧٧) فتح المبين لشرح الأربعين لشهاب الدين أبى العباس أحمد بن محمد بن على بن حجر الهيثمى ، دار إحياء الكتب العربية ، طبعة عام ١٣٥٢ هـ ، ص ٢٣٧ ، فيض القدير للمناوى - السابق جـ ٦ ص ٤٣١ .

ومالا تصح فيه المعاوضة شرعاً لايكون محلاً للضمان (٢٧٨) ، وبذلك تخرج المنافع من عداد الضمان لأنها ليست بمال .

- الثانى :-

- يرى جمهور الفقهاء أن المنافع أموال فما يصح الإنتفاع به يجب ضمانه حتى ولو لم يصح بيعه كجلد الميتة المدبوغ وغير المدبوغ (٢٧٩) .

٨٣- ثانياً : أنواع الضرر :-

١- الضرر المادى :-

- وهو الذى يتمثل فى أذى يصيب الإنسان فى جسمه أو فى تفويت مال على مالكه بإتلافه كله أو بعضه (٢٨٠) .

---

(٢٧٨) د./ صبحي محمصانى : النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ، دار العلم للملايين - بيروت - الطبعة الثانية عام ١٩٨٣ ، جـ ١ ، ص ١٧٠ ، الضمان فى الفقه الإسلامى للشيخ على الخفيف ص ٦٠ - ص ٦١ .

(٢٧٩) الضمان للشيخ على الخفيف - السابق - نفس الموضع .

(٢٨٠) المرجع السابق - ص ٥٤ - ٥٥ .

- فالأذى الذى يلحق جسم الإنسان يترتب عليه تشويه فيه أو عجز عن العمل أو ضعف في كسبه ونحو ذلك (٢٨١) ، وهذا إما أن يترتب عليه القصاص إن أصاب مايجب فيه القصاص وكان عمداً أو الأرش (٢٨٢) .

- وقد يصيب الضرر مال الإنسان فيسبب له خسارة ماليه ، وكل ذلك يجب فيه الضمان .

٢ - الضرر الأدبى : -

- ويتمثل فيما يصيب الإنسان فى شرفه أو عرضه من فعل أو قول (٢٨٣) كالضرب الذى يورث ألما ولايترك أثراً أو القذف والسب والشتم الى غير ذلك مما يسبب الإيلام النفسى أو يسئ الى سمعة الشخص ومكانته ، فهذه الأفعال لاضمان فيها لأن الضمان مال والضرر الأدبى لايمكن تقويمه بالمال (٢٨٤) .

---

(٢٨١) المرجع السابق - نفس الموضع .

(٢٨٢) يطلق الأرش علي بدل الجناية علي مادون النفس وكان مقدراً شرعاً ، أنظر فى ذلك رد المحتار علي الدر المختار - السابق جـ ٥ ص ٢٣٨ .

(٢٨٣) الضمان للشيخ على الخفيف - السابق ص ٥٥ .

(٢٨٤) د./ صبحى المحمصانى - السابق جـ ١ ص ١٧١ ، الضمان للشيخ علي الخفيف ، ص ٥٥ ، الفعل الضار والضمان فيه - د./ مصطفى الزرقاء - السابق ص ١٢٤ .

فضلاً عن أنه، لو حاولنا تقدير الضمان فى هذا النوع من الضرر فليس هناك أساس سليم يرتكن اليه ، فضلاً عن أن تقديره يختلف بإختلاف الأشخاص ولايكون إلا تحكماً[٢٨٥] .

- والضرر الأدبى وإن كان لايوجب الضمان إلا أنه لايترك بلا عقاب ، فيجب التعزير على الجانى وفقاً لتقدير القاضى [٢٨٦].

---

(٢٨٥) د./ مصطفى الزرقاء - السابق - نفس الموضع ، الضمان لعلى الخفيف - السابق ص ٥٧ .

(٢٨٦) د./ مصطفى الزرقاء - السابق - نفس الموضع ، د./ صبحى المحمصانى - السابق جـ ١ ص ١٧٢ .

المطلب الثالث

علاقة السببية بين التعدى والضرر

٨٤ – حتى يمكن مساءلة الفاعل عن نتائج فعله الضارة ، يجب أن يكون الضرر نتيجة لهذا الفعل ، وبعبارة أخرى أن يكون الفعل هو السبب فى الضرر أما مباشرة أو تسبباً .

– والإتلاف مباشرة هو إتلاف الشئ بالذات ، فالمباشر هو الذى يقع التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف واسطة أو فعل مختار(٢٨٧) .

– وعلاقة الضرر بالفعل هنا واضحة لإتصال الفعل بمحل الضرر .

– أما الإتلاف تسبباً فهو إيجاد مايحصل الهلاك عنده لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقيع تلك العلة (٢٨٨) .

– وفى الإتلاف تسبباً لابد من تحقق السببية بين الفعل والضرر بأن يؤدى السبب الي النتيجة غالباً على جرى العادة ،

---

(٢٨٧) غمز عيون البصائر – السابق جـ ١ ص ١٩٦ .

(٢٨٨) د./ محمد صديق بن أحمد البؤرنو – الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية – الطبعة الأولى عام ١٤٠٤ هـ ، مؤسسة الرسالة – بيروت جـ ١ ص ٢٠٦ .

فإذا حفر شخص قناة صغيرة لايموت مايقع فيها عادة فوقع فيها حيوان ومات فلا ضمان لأن حدوث التلف بالفعل إذا كان نادراً أو وقع مصادفة فإنه لايعد سبباً (٢٨٩) .

٨٥ – ويشترط ألا يقطع سببية الفعل للضرر قاطع أجنبى من الفاعل فإذا تخلل بين السبب والمسبب فعل شخص آخر نسب الفعل للمباشر وهو هذا الشخص لأن القاعدة الفقهية تقضى بأنه : « إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم الى المباشر (٢٩٠) لأن المباشرة يترتب عليها قطع علاقة السببية بين الفعل والضرر أى أنها تقطع حكم السبب (٢٩١) .

---

(٢٨٩) د./ صبحى المحمصانى – السابق جـ ١ ص ١٨١ ، المسئولية المدنية والجنائية للشيخ محمود شلتوت – مطبعة الأزهر ، ص ٢١ .

(٢٩٠) الفروق للقرافى – السابق ، جـ ٤ ص ٢٨ ، المادة (٩٠) من مجلة الأحكام العدلية ، الأشباه والنظائر لإبن نجيم – ص ١٩٠ .

(٢٩١) المغنى لابن قدامة جـ ١١ ص ٤٥٥ .

المبحث الثالث

مدى مسئولية عديم التمييز

٨٦ - يشترط فى الفعل الموجب للضمان أن يكون صادراً ممن له ذمة ، أما إذا كان صادراً ممن لاذمة له لم يترتب عليه الضمان وأعتبر فعله هدراً أى غير موجب للضمان لأنه ليس أهلاً لأن يملك مايدفع به العوض عن التالف لرفع الضرر وجبره ، ولهذا كان فعل البهائم جباراً لقوله ﷺ « العجماء جرحها جبار»(٢٩٢) ، أى هدر لاضمان فيه (٢٩٣) .

- فإذا صدر الفعل الضار ممن له ذمة ونتج عنه ضرر كان على فاعله ضمان ما أتلفه لأنه فعل محظور نهى عنه الشرع نظراً الى النتائج التى تترتب عليه فتقع مسئوليته على مرتكبه بصرف النظر عن وجود الأهلية أو عدم وجودها لأن الفاعل إذا كان عديم الأهلية لم يغير ذلك من أن فعله محظور وأدى الى ضرر بغيره أوجب الشارع رفعه لقوله ﷺ : « لاضرر ولا ضرار (٢٩٤)، والحديث عام فى كل ضرر سواء وقع من مكلف أو من غيره ولا طريق الي رفع الضرر وجبره إلا ايجاب الضمان فى مال مرتكبه

---

(٢٩٢) صحيح مسلم ، جـ ١١ ، ص ٢٢٥ ، فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، جـ ١٢ ، ص ٢٢٥ ، ابن ماجه جـ ٢ ص ٨٩١ .

(٢٩٣) الضيمان للشيخ علي الخفيف - السابق ص ٤١ - ص ٤٥ .

(٢٩٤) سنن ابن ماجه ، جـ ٢ ص ٧٨٤ .

دون التفات الى أهليته وعدمها لأنه لو عرض عارض ذهبت معه أهليته ، فقد بقى أثر فعله من الضرر موجوداً لأن الإلزام بالضمان من خطاب الوضع فلا يشترط فيه التكليف (٢٩٥) .

– فضلاً عما تقدم فإن الضمان شرع لرفع الضرر وجبر مافات ولايمكن الجبر إلا بإحلال مال بدل المال التالف لإعادة الحال الى ماكانت عليه قبل حدوث الضرر دون مراعاة الى حال من وقع منه التلف لأن الضمان من الجوابر لا من الزواجر .

– والجوابر مشروعة لجلب مافات من المصالح والزواجر مشروعة لدرء المفاسد . والغرض من الجوابر جبر مافات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده ، ولا يشترط فى ذلك أن يكون من جب عليه الجبر آثماً ، ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان ، وعلى المجانين والصبيان بخلاف الزواجر فإن معظمها لايجب إلا على عاصى زاجراً عن المعصية (٢٩٦)

---

(٢٩٥) بداية المجتهد لإبن رشد – السابق جـ ٢ ص ٣١١ .

(٢٩٦) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام لسطان العلماء الشيخ عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام – مؤسسة الريان – بيروت ، طبعة عام ١٤١٠ هـ جـ ١ ص ١٧٨ .

خاتمة الباب الثانى

– تناولنا فى هذا الباب ضوابط مساءلة المتبوع عن خطأ التابع سواء فى القانون المدنى أو فى الفقه الإسلامى .

– وعلى ضوء ذلك يمكن لنا إبداء الملاحظات الآتية : –

١ – تقوم مسئولية المتبوع عن خطأ تابعه فى نطاق القانون المدنى على ركيزتين أساسيتين وهما رابطة التبعية وخطأ التابع ، بينما فى نطاق الفقه الإسلامى يكفى وقوع التعدي من الجانى لتثور مساءلة عاقلته أو استاذه أو مستأجره عن النتائج الضارة لهذا التعدى .

٢ – قوام رابطة التبعية فى نطاق القانون المدنى هما السلطة الفعلية التى للمتبوع علي تابعه ثم الرقابة والتوجيه ولا شك أن فلسفة الفقه الإسلامى فى تحميل العاقلة لخطأ الجانى أو الأستاذ لخطأ تلميذه فى الصفة أو المستأجر لخطأ أجيره تقوم علي فكرة تقارب السلطة الفعلية والرقابة والتوجيه فمن بين الأسباب التى لأجلها تتحمل العاقلة جناية أحد أفرادها الإهمال فى رقابته وحسن توجيهه .

٣ – تقوم السلطة الفعلية حتى ولو لم يكن المتبوع حراً فى إختيار تابعه ، وهذا أمر منطقى فى ظل توسع نشاط الدولة وكثرة تابعيها كجنود القوات المسلحة ووزارة الداخلية والموظفين الذين

يكلفون بالعمل لدي جهات معينة دون أن يكون لهذا الجهة الحرية في قبول أو رفض استقبال هذا الشخص كموظف لديها ، إلا أنه فى نطاق الفقه الإسلامى فيصعب القول بمثل هذا المنطق خاصة وأن مظاهر النشاط كان أغلبها خاص ولم تكن الدولة قد توسعت الى هذا الحد ، فضلاً عن أن الدولة الإسلامية كانت تختار عمال دواوينها الي حد ما .

٤ - ثارت مسألة مدى إمكانية مساءلة المتبوع عن خطأ تابعه غير المميز ، ولقد انتهى المشرع الفرنسى الى الإنحياز الى الرأى القائل بضرورة الزام المجنون بتعويض ماسببه للغير من أضرار وهو تحت تأثير الإضطراب العقلى .

- إلا أن المشرع المصرى اتخذ المبدأ الأساسى وهو اشتراط التمييز والإدراك ركناً فى الخطأ غير أنه وضع قاعدة احتياطية علي سبيل الإستثناء وهى إمكانية مساءلة عديم التمييز وترك السلطة فى هذا الشأن بيد القاضى .

- ولقد كان رأينا الخاص ينحاز الى ضرورة مساءلة عديم التمييز لتوافر أهلية الوجوب لديه والتى من بين عناصرها تحمل الإلتزامات دون اشتراط أن يكون المتمتع بتلك الأهلية مميزاً فالمجنون لديه أهلية وجوب خاصة وأن رجال الفقه الإسلامى لم يترددوا فى القول بأن التمييز ليس شرطاً للضمان .

٥ - اشترط المشرع فى الخطأ الصادر من التابع وحتى يمكن مساءلة المتبوع عن نتائجه الضاره أن يقع منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها ، ولهذا يخرج من هذا النطاق الخطأ الزجنبى عن الوظيفة والخطأ بمناسبة الوظيفة .

- بينما توسع رجال الفقه الإسلامي فى الأفعال التى يضمنها الشخص فيكفى أن يحدث الضرر من الشخص نتيجة فعله مباشرة حتى يضمن ولو لم يكن فعله من قبيل التعدي ، فى حين اشترط التعدي إذا كان الضرر غير مباشر أى بطريق التسبب .

قائمة المراجع

أولا : القرآن الكريم (كتب التفسير) :-

١ - تفسير الرازى المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب للإمام محمد الرازى فخر الدين ابن العلامة ضياء الدين عمر - المشتهر بخطيب الرى - دار الفكر - الطبعة الثالثة ، عام ١٤٠١ هـ .

٢ - تفسير القرطبى - الجامع لأحكام القرآن ، للإمام شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أحمد ابن أبى بكر بن فرج الأنصارى القرطبى - الناشر دار الغد العربى .

ثانيا : كتب الأحاديث والسير والتراجم :-

- أخبار عمر وابنه عبد الله - لعلى الطنطاوى وناجى الطنطاوى - الطبعة الثامنة - عام ١٤٠٣ هـ - طبعة المكتب الإسلامى .

- الأعلام : لخير الدين الزركلى - طبعة دار العلم للملايين - بيروت - لبنان - الطبعة الثامنة عام ١٩٨٩ م .

- سنن ابن ماجه : للحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى - حققه محمد فؤاد عبد الباقى - طبعة دار إحياء الكتب العربية - القاهرة عام ١٣٧٢ هـ .

- سنن أبى داود - للحافظ أبى داود سليمان بن الأشعث

السجستاني الأزدي - راجعه وضبط أحاديثه وعلق عليه محمد محيى الدين عبد الحميد - نشرته دار إحياء السنة النبوية .

- سنن الترمذى : للحافظ أبى عيسى بن موسى الترمذى ، جامع الترمذى ، شرح تحفة الأحوذى للمبار كفورى - القاهرة - مطبعة الفجالة .

- السنن الكبرى : للحافظ أبى بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقى ومعه الجوهر النقى ، الطبعة الأولى - الهند .

- سنن النسائي : للحافظ أبى عبد الرحمن أحمد بن علي بن شعيب النسائي - مطبعة مصطفى البابى الحلبى .

- سيرة بن هشام : لأبى محمد بن عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميرى - تحقيق مصطفى السقا وإبراهيم الإبيارى وعبد الحفيظ شلبى ، طبعة عام ١٣٥٥ هـ ، مصطفى البابى الحلبى .

- صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى لإبن حجر العسقلانى ، الطبعة الأولى - المطبعة السلفية .

- صحيح مسلم بشرح النووى - لمحيى الدين أبى زكريا يحيى بن شرف الدين النووى - المطبعة المصرية ، الطبعة الأولى عام ١٣٤٩ هـ .

- فتح المبين لشرح الأربعين : لشهاب الدين أبى العباس أحمد بن

محمد بن علي بن حجر الهيثمي – مطبعة دار إحياء الكتب العربية عام ١٣٥٢ هـ .

– فيض القدير : شرح الجامع الصغير – لعبد الرؤوف المناوى – طبعة المكتبة التجارية الكبرى – مصر – طبعة عام ١٣٥٦ هـ .

– الكامل فى التاريخ : للإمام العلامة عمدة المؤرخين أبى الحسن على بن أبى الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيبانى – المعروف بابن الأثير الجزرى – الملقب بعز الدين – الناشر دار الكتاب العربي – بيروت ، الطبعة الرابعة عام ١٤٠٣ هـ .

– كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال للعلامة علاء الدين علي المتقى ابن حسان الدين الهندى البرهان فورى – طبع مؤسسة الرسالة – بيروت – الطبعة الخامسة عام ١٤٠٥ هـ .

– مسند الإمام أحمد : عدة طبعات : الأولى بتحقيق أحمد شاكر – الثانية بتحقيق عبد الله الدويش والثالثة طبعة قديمة .

– مصنف عبد الرزاق – للحافظ أبى بكر عبد الرزاق بن همام الصنعانى عنى بتحقيق نصوصه والتعليق عليه حبيب الرحمن الأعظمى فى منشورات المجلس العلمى – الطبعة الأولى – عام ١٣٩١ هـ .

– المصنف فى الأحاديث والآثار – للحافظ عبد الله بن محمد بن أبى

شيبة – طبعة الدار السلفية – بومباى – الهند – طبعة عام ١٤٠٢ هـ .

– نبيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار – للشيخ الإمام المجتهد العلامة الربانى قاضى قضاة القطر اليمانى محمد بن على بن محمد الشوكانى – طبعة دار الجيل – بيروت – لبنان عام ١٩٧٣ .

ثالثاً : مراجع اللغة العربية :-

– لسان العرب للإمام العلامة أبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقى المصرى – طبعة دار المعارف .

– مختار الصحاح : لمحمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى – طبعة دار الكتب العلمية – بيروت – طبعة حديثة منقحة عام ١٤٠٣ هـ .

رابعاً : مراجع الفقه الإسلامى :-

١ – *المذهب الحنفى* :-

– الفتاوى العالمكيرية المعروفة بالفتاوى الهندية فى مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة من وضع جماعة من علماء الهند .

– الأختيار لتعليل المختار : لعبد الله بن محمود عن مودود الموصلى – طبعة دار المعرفة – بيروت – الطبعة الثالثة عام ١٣٩٥ هـ – راجعه وعلق عليه محسن أبو دقيقه .

- الأشباه والنظائر لإبن نجيم الحنفى - تحقيق وتقديم محمد مطيع حافظ - دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى - عام ١٩٨٦ م - مصوره عن طبعة عام ١٤٠٣ هـ .

- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : للإمام علاء الدين أبى بكر مسعود الكاسانى الحنفي - الطبعة الثانية عام ١٤٠٢ هـ ، دار الكتب - الكتاب العربى - بيروت .

- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى .

- جامع الفصوليين لمحمود بن اسرائيل المعروف بابن قاضى سماوه

- حاشية بن عابدين : رد المحتار على الدر المختار لمحمد بن أمين الشهير بابن عابدين ، الطبعة الثانية عام ١٣٨٦ هـ - مطبعة مصطفى البابى الحلبى - مصر .

- الخراج لأبى يوسف - طبعة بولاق عام ١٣٠٢ هـ .

- درر الحكام شرح مجلة الأحكام - تأليف علي حيدر تعريب فهمى الحسينى ، الطبعة الأولى - عام ١٤١١ هـ - دار الجيل - بيروت .

- غمز عيون البصائر - شرح كتاب الأشباه والنظائر لأحمد بن محمد الحموى ، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى - عام ١٤٠٥ هـ .

- فتاوى قاضى خان - لفخر الدين حسن بن منصور المشهور بقاضى خان - مطبعة المتوكل - مصر .

- فتح القدير - شرح الهداية للشيخ الإمام كمال الدين بن محمد بن عبد الواحد السيواى السكندرى المشهور بابن الهمام الحنفي .

- المبسوط لشمس الأئمة أبى بكر محمد السرخسى .

- مجمع الضمانات فى مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان لأبى محمد غانم بن محمد البغدادى - الطبعة الأولى - مصر .

- مجلة الأحكام العدلية - وزارة العدل العثمانية .

٢ - *المذهب المالكى* :-

- الفروق للقرافى وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية - طبعة عالم الكتب - بيروت .

- تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام لإبن فرحون - دار الكتب العلمية - بيروت - طبعة عام ١٣٠١ هـ .

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبى - مطبعة الإستقامة بمصر عام ١٣٥٧ هـ - ١٩٧٨ م .

- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقى - مطبعة دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابى الحلبى .

- قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لمحمد بن أحمد بن جزئ الغرناطى - طبعة دار العلم للملايين .

٣ - المذهب الشافعى :-

- الإشراف على مذاهب أهل العلم لإبن المنذر - تحقيق محمد نجيب سراج الدين - طبعة إحياء التراث الإسلامى بدولة قطر ، طبعة عام ١٤٠٦ هـ .

- الأم للإمام أبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى - الجزء السادس - الناشر دار الغد العربى ١٤١١ هـ / ١٩٩٠ م .

- المجموع شرح المهذب تأليف النووى السبكى المطيعى الناشر مكتبة الإرشاد -- مكة .

- قواعد الأحكام فى مصالح الأنام - لسلطان العلماء عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام - مؤسسة الريان - بيروت عام ١٤١٠ هـ .

- مغنى المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج لمحمد الشربينى الخطيب - مطبعة مصطفى البابى الحلبى - ١٣٥٢ هـ - ١٩٣٣ م .

- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى - مطبعة مصطفى البابى الحلبى - طبعة عام ١٩٣٨ م .

٤ - *المذهب الحنبلى* : -

- الإنصاف فى معرفة الخلاف علي مذهب الإمام المبجل/ أحمد بن حنبل تأليف علاء الدين المرداوى الحنبلى - تحقيق محمد الفقى - الطبعة الأولى عام ١٣٧٥ هـ .

- كشف القناع عن متن الإقناع - تأليف منصور بن يونس البهوتى - راجعه وعلق عليه الشيخ جمال الهلال - الناشر مكتبة مصر الحديثة بالرياض .

- المغنى لإبن قدامه : تحقيق د./ عبد الله التركى ، د./ عبد الفتاح الحلو - الطبعة الأولى عام ١٤١١ هـ - هجر للطباعة - القاهرة .

- المقنع مع حاشيته المنسوبة الى الشيخ سليمان بن عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب ، طبعة المطبعة السلفية ومكتبتها .

- مجلة الأحكام الشرعية - أحمد بن عبد الله القارى - تحقيق د./ عبد الوهاب ابراهيم أبو سليمان ، د./ محمد ابراهيم أحمد على - الطبعة الأولى عام ١٤٠١ هـ - مطبوعات تهامه .

٥ - *المذهب الزيدى* : -

- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى ابن المرتضى - مطبعة السعادة بمصر - طبعة عام ١٣٦٦ هـ / ١٩٤٧ م .

٦ - **المذهب الإباضى :** -

- شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش - المطبعة السلفية -- بالقاهرة - طبعة عام ١٣٤٣ هـ .

٧ - **كتب فقهية حديثة :** -

- التشريع الجنائي الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى لعبد القادر عودة - مؤسسة الرسالة - الطبعة السابعة عام ١٤٠٦ هـ .

- أحكام التركات والمواريث والوصايا والأوقاف فى الفقه الإسلامى والقانون للدكتور / محمد محمد فرحات ، طبعة عام ١٢١٤ هـ / ١٩٩٣ م - دار النهضة العربية .

- أحكام المواريث بين الفقه والقانون للدكتور / محمد مصطفى شلبى - طبعة ١٩٩٠ / ١٩٩١ - مكتبة النصر .

-اصول الفقه الاسلامي للدكتور / عبد الحميد محمود مطلوب ، طبعة ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م الناشر دار النهضة العربية.

- علم اصول الفقه - الآدلة الشرعية - للدكتور / محمد محمد فرحات - الناشر دار النهضة العربية - ١٤١٣ه/ ١٩٩٢م

- الضمان في الفقه الاسلامي - للشيخ علي الخفيف - معهد البحوث والدراسات الاسلامية - جامعة الدول العربية - عام ١٩٧١م

- الفعل الضار و الضمان فيه د.مصطفي احمد الزرقاء - دار القلم - دمشق - الطبعة الاولي عام ١٤٠٩هـ.

- الفقه الاسلامي - مدخل لدراسته - نظام المعاملات فيه - للدكتور / محمد يوسف موسى - ط ١٩٥٨ م .

- المدخل للفقه الاسلامي - للدكتور / محمد سلام مدكور - طبعة عام ١٩٦٩م

- المدخل في الفقه الاسلامي للدكتور / محمد مصطفي شلبي - طبعة ١٩٨٥م .

خامسا - مراجع القانون المدني :-

- د. احمد سلامة :

- نظرية الالتزام - الكتاب الاول - مصادر الالتزام طبعة عام ١٩٧٥.

- المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق.

- د. احمد شرف الدين :

- مقدمة القانون المدني (نظرية الحق)

- د. احمد حشمت ابوستيت :

نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام الطبعة الثانية عام ١٩٥٤.

د. اسماعيل غانم :

في النظرية العامة للالتزام - الجزء الاول - مصادر الالتزام .

- د . انــــور سلطـــــــان :-

مـصـادرالالتـزام في القـانون المدني الاردني – دراسـة مـقـارنة بالفقه الاسلامي – منشورات الجامعة الاردنية – الطبعة الاولي – عام ١٩٨٧م – عمان

د . توفيــق حســـن فــرج :

النظرية العامة للالتزام – الكتاب الاول – مصادر الالتزام طبعة ١٩٨١م

د . جميــــل الشرقــــاوى :

النظرية العامة للإلتزام – الكتاب الأول – مصـادر الإلتزام – طبعة عام ١٩٨١ .

- د . حســام الاهوانـــي :

– النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – طبعة ١٩٩٥م .

- د . حســن زكــي الابراشــى :

مسئولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقـارن – رسـالة دكتـوراه – من جامـعة فؤاد الأول (القـاهرة الآن) عام ١٩٤٩م – دار النشر للجامعات المصرية .

- د . حســـين عكـــوش :

– المسئولية العقدية و التقصيرية في القانون المدني الجديد – دار الفكر الحديث طبعة عام ١٩٧٠م.

- د. سالـم احمـد علـي :

- مسئولية المتبوع عن فعل التابع - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس عام ١٩٨٨.

- د./ سليمـان مرقـس :

- الوافى فى شرح القانون المدنى - الإلتزامات - المجلد الثانى - الفعل الضار والمسئولية المدنية ، طبعة عام ١٩٨٩ م .

- مسئولية المتبوع بوجه عام - مقال فى مجلة القانون والإقتصاد - السنة الخامسة عشرة - نوفمبر - ديسمبر - ١٩٤٥ م .

- محاضرات فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية - القسم الثانى ، الأحكام الخاصة عام ١٩٦٠ م .

- بحوث وتعليقات علي الأحكام فى المسئولية المدنية عام ١٩٨٧ م .

- د ./ سهيـر منتصـر :

- مسئوليـة المتـبوع عـن عمـل التابـع .

- د./ عاطـف النقيـب :

- النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن فعل الغير - منشورات عويدات - بيروت .

- النظريات العامة للموجبات والعقود - مصادر الموجبات - الجامعة اللبنانية .

- **د./ عبد الحميد الشواربى و عز الدين الدناصورى :-**

- المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء ، طبعة عام ١٩٨٨ م .

- **د/ عبد الحى حجازى :-**

- النظرية العامة للإلتزام ، طبعة عام ١٩٥٣ م .

- **د./ عبد الرزاق أحمد السنهورى :**

الوسيط - المجلد الثانى - العمل الضار والإثراء بلا سبب ، طبعة ١٩٨١ م .

- **د./ عبد المنعم بدر ، ود / عبد المنعم البدراوى :-**

- القانون الرومانى ، طبعة ١٩٥٢ م .

- **د./ عبد المنعم فرج الصدة :**

- مصادر الإلتزام ، طبعة عام ١٩٨٤ م .

- **د./ عبد الناصر العطار :**

- مصادر الإلتزام .

- **د./ عبد الودود يحيى :**

- الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات - مصادر الإلتزام ، طبعة عام ١٩٨١ م .

- محاضرات فى المدخل لدراسة القانون « نظرية الحق » ، طبعة عام ١٩٦٩ م .

- د./ غازى عبد الرحمن ناجى :

- مسئولية المتبوع عن عمل التابع - مقال فى مجلة العدالة - السنة الأولى - العدد الثالث عام ١٩٧٥ - صادرة من وزارة العدل العراقية .

- مصطفى مرعى بك :

- المسئولية المدنية فى القانون المصرى - طبعة عام ١٩٣٦ .

- د./ مصطفى الجمال :

النظرية العامة للإلتزامات - الجزء الأول - مصادر الإلتزام - طبعة عام ١٩٨٥ .

- د./ محمد الشيخ عمر :

- مسئولية المتبوع - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة سنة ١٩٧٠ م

- د./ محمد وحيد الدين سوار :

- شرح القانون المدنى - النظرية العامة للإلتزام - الجزء الأول - مصادر الإلتزام .

- د./ محمد لبيب شنب :

- دروس فى نظرية الإلتزام - مصادر الإلتزام ١٩٩٠ / ١٩٩١م .

- **د./ مأمـــــون الكـــــزبرى :**

- نظرية الإلتزامات فى ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربى
- الجزء الأول - مصادر الإلتزامات .

- **د./ محمد حسين منصـــــور :**

- محاضرات فى نظرية الإلتزام .

- **د./ محـمود جمال الديـن زكـى :**

- الوجيز فى نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى - الجزء الأول - الطبعة الثانية عام ١٩٧٦ م .

- **د./ محمود السيد عبد المعطى خيال :**

- العلاقة بين مسئولية المتبوع ومسئولية حارس الأشياء غير الحيـة - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس عام ١٩٨٨ م .

- **سادساً - المراجع الأجنبية : -**

- Ambialet Janine : résponsabiite du fait d'autrui en droit medical , thése , Paris , 1965 .
- Aubry et Rau : Cours de droit civile français 5 éd , tome 6. par rau . C. fracimmaigne .
- Daudry - Lacantinerie et Barde : Traite théorique et pratique de droit civile , 3 , 4 éd des obligations , Paris, 1907 .

- Bertrand : le prepose moderne : thése Aix , 1935 .

- Besson : note : D . 1928 - 2 - 14 .

note : d . 1930 - 2 - 115 .

- Carbonnier : Droit civil , tome 4, 12 éd les obligations .

- colin et capitant : cours elementaire de droit civil , tome 2 , 1948 .

- Dallant (R) : la notion de preposé dans l'article 1384 du code civil , 1927 .

- Demogue : Traite des obligations , tome . 5 , Paris , 1985 .

- Demolomp : Cours de code Napléon , 3 ed . tome 31 .

- Essmein : la résponsablilité de commettant Rev.crit . 1924 .

- flour : les rapports de commettant a preposé thése , caen , 1933 .

- Flour et Aubert : Obligations, tome 2,1982 .

- Hugueney :note -S.: 1915 -1 - 113 .

- Josserand , louis : cours de droit civil positif, tome 2, 2ed, 1933.

- note : D , 1934 - 1.5 .

- LA lou henri et Azard : Traité pratique de la résponsabilité , civile , 6 éd , Paris , 1962 .

- Locre : ligislation civil . tome : 13 .

- Martin : l'option entre la résponseabilité contractuelle et la responsabilite delicturelle , Paris , 1957 .

- Marty (G) et Raynoud (P.) : droit civil tome 11 , 2 éd , 1988 .

- Mazeaud . Henri et Lion : Traité de la responsabilite civile . tome 1.Paris , 1965 .

- Lecon de droit civil , tome 2,4ed , paris .1956.

- Mazeaud et Tunc : Traite de la résponsabilité . 6 éd . tome 1.

- Michel le galcher baron : les obligations . 1982 .

- Na nopoulis : attenuation de la résponsabilité de commettant , thése , Paris 1957 .

- Pirson et de ville : traité de la résponsabilité civile , bruxelles , Paris , 1930 .

- Planiol : La résponsabilité des commettants , paris , 1911 .

- Planiol , Ripert et boulanger : traité de droit civil , tome 2, Paris 1952 .

- Planiol , ripert et essmein : traité pratique de droit civil francais obligations . tome 6.

- Rene Savatier : traite de la résponsabilité civile en droit francais , tome 2,2 éd , paris , 1951.

- note : D . 1923 , 1 - 5 .

- Ripert : La regle morale , tome 1 . Paris , 1935 .

- Ripert et boulanger : Traite de droit civile d'apres la traite de planiol , tome 2 , 1ed , 1975 .

- Rutsaert (J) le fondement de la responsabilite civile etracon-tractuelle, bruxelles , Paris 1930 .

- Salleilles : les accidents du travail et la responsabilite civile ,Paris ,1897 .

- Sourdat : traite generale de la résponabilité , 5 éd , tome 2 .

- Stark : Essai d'une theorie generale de la résponsabilité civile considerée en sa double fanction de garantie et de peins privee ,thése , Paris , 1947.

- Salleilles : Les accidents du travail et la responsabilite civile consideree en da double fanction de garantie et de peins privees , these , Paris , 1947 .

- Triandafil : L'idée de faute et l'idée le risque comme fondement de la responsabilite , Paris . 1914 .

بيان لأهم المختصرات :

- Cass -civ . : cassation civil .
- cass - crim : cassation criminal .

Rev. crit. : Revue critique .

- J.C.P. : Juris classeur poriodique (semaine juridique) .

op. cit : auvrage précité .

محتويات البحث